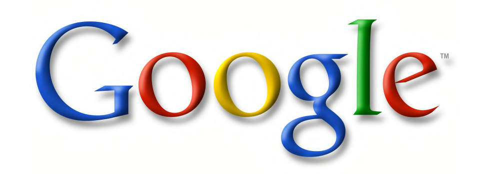


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Digitized by Google



HARVARD LAW LIBRARY.

Received *Jan. 26, 1900*



Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv für Rechtsfälle,

die zur Entscheidung

des Königlichen Ober-Tribunals

gelangt sind.

Herausgegeben und redigirt

von

Theodor Striethorst,

Stadtgerichts-Rath.

Dritte Folge.

Zweiter Jahrgang. — Dritter Band.

Des Ganzen:

Neunundsiebenzigster Band.

Berlin.

Verlag von J. Guttentag (D. Collin).

1871.

Digitized by Google

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei in Berlin.

Rec. Jan. 26, 1900

Digitized by Google

Inhalts-Anzeige.

*

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

No. 1. – III. Senat. Sitzung v. 7. Jan. 1870.

Gößlinghoff ./. Vortrechter. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Kollision verschiedener Titel zu dinglichen Rechten auf dieselbe Sache; irrthümliche Eintragung einer später angemeldeten Hypothek vor einer früher angemeldeten.

a. Bei einer Kollision verschiedener Titel zu dinglichen Rechten auf dieselbe Sache, sei es zum Eigenthum oder zu einem andern dinglichen Rechte, besteht ein durch Uebergabe oder durch Eintragung erlangtes dingliches Recht dem ältern Titel des andern gegenüber nur für denjenigen zu Recht, welcher die Uebergabe oder Eintragung in gutem Glauben, d. h. ohne den ältern mit seinem Titel kollidirenden Titel des Andern zu kennen, erlangt hat.*

b. Trägt der Richter unrichtigerweise den jüngern und später angemeldeten Titel vor dem ältern und früher angemeldeten Titel, dessen Anmeldung stehen geblieben ist, ein, so kann der früher angemeldete Gläubiger gegen den später angemeldeten ausführen, daß der Letztere sich die Berichtigung des Hypothekenbuches, wenn die Post sich noch in dessen Hand befindet, gefallen lassen müsse.

* Dies ist der in den Entscheidungen Bd. 59. S. 82. ausgesprochene Grundsatz.

Digitized by Google

Ein böser Glaube des Letztern ist hierbei nicht in Rede.*

A. L. R. I. **10.** § 25., **19.** §§ 4. 5.

Die vorstehenden Grundsätze sind vom Ober-Tribunal, unter Verwerfung der vom Kläger ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde, angenommen — aus folgenden

Gründen:

Der in der Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers aufgestellte Rechtsgrundsatz ist wörtlich dem Ober-Tribunals-Erkenntnisse vom 28. Oktober 1867 (Entscheidungen Bd. 59. S. 82.) entnommen worden. Es ist daselbst mit Bezug auf die vorausgeschickte Ausführung ausgesprochen worden, daß es von demselben nicht eine Ausnahme giebt, daß jedoch der ältere Titel zur Hypothek, so lange der Gläubiger von der fakultativen Befugniß, ihn zum Hypothekenbuche anzumelden, nicht Gebrauch macht, keine Kollision mit einem jüngeren Titel zum Eigenthum oder irgend einem dinglichen Rechte enthält. Aber auch wenn er angemeldet worden ist, und von dieser Anmeldung derjenige, welcher später einen Titel zur Hypothek anmeldet, Kenntniß hat, ist nicht einzusehen, wie in dieser Anmeldung eine mala fides liegen könnte. Der Anmeldende macht von seiner Befugniß, seinen jüngeren Titel zur dinglichen Geltung zu bringen, Gebrauch und überläßt es dem Richter, an welcher Stelle derselbe diesen seinen jüngeren Titel in das Hypothekenbuch eintragen werde. Trägt dann der Richter unrichtigerweise den jüngeren und später angemeldeten Titel vor dem älteren und früher angemeldeten Titel, dessen Anmeldung stehen geblieben ist, ein, so mag der früher angemeldete Gläubiger gegen den später

* Vergl. Bd. 37. S. 199. u. 216., Bd. 62. S. 31., Bd. 65. S. 367. dieses Archivs.

Digitized by Google

angemeldeten ausführen können, daß der Letztere sich die Berichtigung des Hypothekenbuchs, wenn die Post sich noch in dessen Hand befindet, gefallen lassen muß, — § 433. I. 20. des Allg. Landrechts. Von dem bösen Glauben des Letzteren kann aber dabei nicht die Rede sein. Dies ist es, was der Appellations-Richter in seiner Ausführung hat sagen wollen. Er hat daher den obigen Rechtsgrundsatz und die in der Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers angezogenen Gesetzstellen nicht verletzt.

No. 2. – V. Senat. Sitzung v. 18. Jan. 1870.

Finel ./. Rindskopf. — Ober-Appellation.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Frankfurt a. M.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Werthverminderung der Werthpapiere durch Kursschwankungen als Zufall; Ermittelung des ausländischen Rechtes.

a. Die durch Kursschwankungen eingetretene Werthverminderung von Werthpapieren ist als ein Zufall zu betrachten, für welchen der bis dahin gutgläubige und nur durch die Wirkung der Klage civiliter dem malae fidei possessor gleichgestellte Verklagte (Erbschaftsbesitzer) nicht einzustehen hat.

Dig. 5. 3. Lex 18. § 2., Lex 25. §§ 2. 8., Lex 40. §§ 2. 54.; A. L. R. I. 7. §§ 222. 241.

b. Kommt es bei Entscheidung eines Prozesses darauf an, was ein fremdes Landesgesetz bestimmt, so bedarf es einer Beweisführung durch die Parteien nicht, wo sich die Hülfsmittel zur Lösung der betref-

Digitized by Google

fenden Frage dem Richter unmittelbar und von selbst darbieten.*

A. G. O. I. 10. § 53.

Die Verklagte, Wittwe Rindskopf, war nach dem Tode ihres Ehemannes im Jahre 1846 in den Besitz des Nachlasses gelangt. Im Jahre 1867 war sie auf Antrag der Klägerin rechtskräftig verurtheilt, den Nachlaß nach dem aufgestellten Inventar herauszugeben.

Im gegenwärtigen Prozeß verlangte die Klägerin unter Anderm von der Verklagten Ersatz für die seit Anstellung der Klage durch das Sinken der Kurse eingetretene Werthverminderung der zum Nachlasse gehörigen Staatspapiere.

Der erste Richter hat diesen Anspruch für begründet und die desfalls geforderte Summe von 14,228 Fl. 45 Kr. für liquid erkannt. Der zweite Richter hat den Anspruch angebrachtermaaßen abgewiesen, weil die an sich nur oberflächlich begründete Forderung außerhalb des jetzigen Liquidationsverfahrens liege, und sich erst nach dessen Beendigung übersehen lasse, ob überhaupt ein solcher Schaden anzunehmen sei, auch der Klägerin nicht zugestanden werden könne, bei dem schwankenden Kurse der betreffenden Papiere einen beliebigen Tag herauszugreifen, um danach eine Werthverminderung zu berechnen.

Beide Theile beschweren sich hierüber. Die Klägerin, weil ihr Anspruch ihr nicht zuerkannt, vielmehr angebrachtermaaßen abgewiesen, die Verklagte, weil derselbe nur angebrachtermaaßen und nicht definitiv abgewiesen ist.

Das Ober-Tribunal hat den Anspruch **unbedingt** abgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Es kann dem vorigen Richter nicht zugegeben werden,

* Vergl. Bd. 18. S. 227., Bd. 19. S. 284., Bd. 20. S. 135., Bd. 29. S. 271., Bd. 60. S. 261., Bd. 73. S. 73. dieses Archivs

Digitized by Google

daß dieser Streitpunkt außerhalb des gegenwärtigen Verfahrens liege. Wenn es wahr wäre, daß die Substanz des von der Verklagten herauszugebenden Nachlasses durch deren Schuld eine Verminderung erlitten hätte, oder wenn sonst ein rechtlicher Grund vorläge, vermöge dessen sie zum Ersatze solcher Werthverminderung verpflichtet wäre, so ist nicht abzusehen, warum die Verklagte in dem gegenwärtigen, zur Geltendmachung aller auf den Nachlaß bezüglichen Nebenansprüche bestimmten Verfahren —

Lex 18. § 2. Dig. 5. 3. h. t. —

zu jenem Ersatze nicht sollte angehalten werden können. Ebensowenig bildet der Umstand, daß bei den fortdauernden Schwankungen der Kurse das Quantum des hierunter zu leistenden Ersatzes sich erst am Schlusse des Liquidationsverfahrens würde übersehen lassen, ein Hinderniß, über den Ersatzanspruch in thesi schon jetzt zu entscheiden.

Die Gründe, aus welchen der Appellations-Richter geglaubt hat, sich der Erörterung der Frage, inwieweit die Verklagte für das Fallen der Kurse verantwortlich gemacht werden kann, entziehen zu dürfen, erscheinen hiernach nicht ausreichend. Es muß vielmehr in die Beurtheilung dieser Frage eingetreten werden.

Es ist Grundsatz, daß der bis dahin gutgläubige Erbschaftsbesitzer durch die wider ihn angestellte Klage in Bezug auf die Präftation der culpa dem malae fidei possessor gleichgestellt wird, also von dem Augenblick der Klage an für die durch sein Versehen eingetretene Beschädigung oder Verminderung des Nachlasses haftet, —

Lex 25. §§ 2. 8., Lex 54. § 2. Dig. h. t.

Danach würde die Verklagte für die durch das Sinken der Kurse bedingte Werthverminderung des Nachlasses verantwortlich sein, wenn ihr obgelegen hätte, und sie im Stande gewesen wäre, einer solchen Werthverminderung vorzubeugen oder sie wieder auszugleichen.

Digitized by Google

Dies ist jedoch nicht anzunehmen.

Die Werthpapiere (es handelt sich um Frankfurter, Hessische, Würtembergische und hauptsächlich um Spanische Obligationen, deren Kurs durch die Ereignisse des Jahres 1866 und beziehungsweise durch die spanische Revolution von 1868 deprimirt ist) sind mit dem gesammten Rindskopf'schen Nachlasse, dessen Kapitalien darin zinsbar angelegt waren, auf die Verklagte übergegangen und von ihr seit dem Jahre 1846 unter wechselnden Zeitverhältnissen bewahrt worden. Sie waren ihrer Natur nach Kursschwankungen unterworfen, die von Ereignissen abhängig waren, die weder vorhergesehen, noch abgewendet werden konnten. Den Nachtheil der Kursverminderung, nachdem er einmal eingetreten war, zu ersetzen, wäre nur im Wege gewagter Börsenspekulationen zu versuchen gewesen. Darin, daß die Verklagte sich hierauf nicht eingelassen hat, ist, abgesehen von der Frage, ob sie nach angestellter Klage zu Veräußerungen der Nachlaß-Objekte befugt war, eine culpa oder negligentia nicht zu erblicken.

Ist hiernach die eingetretene Werthverminderung als ein Zufall zu betrachten, so kann die Verklagte dafür nicht, wie dies Seitens des ersten Richters geschehen ist, verantwortlich gemacht werden.

Inwieweit der gleich Anfangs naturaliter unredlich Besitzende für den Zufall haftet, wenn bewiesen werden kann, daß derselbe die Sache bei dem Kläger nicht betroffen haben würde, kann hier unerörtert bleiben, da das jedenfalls anerkannt wird, daß die Lage des bis dahin gutgläubigen und nur durch die Wirkung der Klage civiliter dem malae fidei possessor gleichgestellten Erbschaftsbesitzer hierin eine wesentlich andere ist, daß er für den Zufall nicht haftet, indem die Gesetze es für unbillig erklären, ihn für zufällige Verschlimmerung der Streitobjekte verantwortlich zu machen und

Digitized by Google

ihn dadurch in die Nothwendigkeit zu versetzen, propter metum periculi temere jus suum indefensum relinquere, —

Lex 40. pr. Dig. h. t.,

Arndts in Weiske's Rechtslexikon Bd. 5. S. 224. 228.,

Glück, Pandekten, VII. S. 556.

Das Resultat ist, daß hiernach der klägerische Anspruch auf Ersatz der fraglichen Kursdifferenz nach keiner Seite als begründet erscheint, und daher auf dessen Definitiv-Abweisung hat erkannt werden müssen, womit sich die betreffende klägerische Beschwerde erledigt.

Die Verklagte behauptet, daß ihr Ehemann ihr die Summe von 40,000 Fl. auf seinem Sterbebette zugewendet und seinen desfallsigen Willen seinem Bruder und Handelsgesellschafter Leopold Rindskopf gegenüber mündlich zu erkennen gegeben habe. Die Frage, ob in einer solchen Willensäußerung in der Art, wie sie nach den Behauptungen der Verklagten erfolgt sein soll, eine den Vorschriften des Frankfurter Rechts entsprechende gültige Anordnung resp. letzte Willensbestimmung enthalten sei, haben die vorigen Richter eingehend geprüft und aus überzeugenden, in dieser Instanz nicht widerlegten Gründen verneint. Es kann daher auf dieselben nur einfach zurückgewiesen werden.

Anlangend die Frage, ob die behauptete Zuwendung nach den Gesetzen des Orts, wo sie erfolgt sein soll, also nach den Gesetzen des Königreichs der Niederlande, gültig sei, so hat der erste Richter, da die Frage, was im Auslande Rechtens ist, thatsächlicher Natur ist, dieselbe zum Gegenstande einer Beweisauflage gemacht.

Mit Recht ist indeß der zweite Richter davon ausgegangen, daß es **einer Beweisführung durch die Parteien auf einem Gebiete nicht bedarf, wo sich die Hülfsmittel zur Lösung der betreffenden Frage dem Richter unmittelbar von selbst darbieten.**

Nur hat der Appellations-Richter insofern nicht den rich-

Digitized by Google

tigen Weg eingeschlagen, als er die Auskunft, deren er bedürftig war, in den Schriftstellern über das Französische Civilrecht gesucht und sich dabei mit der Vermuthung begnügt hat, daß die Niederländische Gesetzgebung sich in dieser Materie von dem französischen Urbilde nicht zu weit entfernt haben werde. Jene Auskunft war vielmehr in der Quelle selbst, dem Niederländischen bürgerlichen Gesetzbuche, zu suchen. Das Resultat ist inzwischen dasselbe, da in der That das Niederländische Gesetz in den hier in Betracht kommenden Punkten mit dem Französischen wesentlich übereinstimmt, und somit die von dem vorigen Richter der Französischen Rechtswissenschaft entlehnten Argumente ihre Berechtigung haben. Nicht ohne Interesse ist es dabei, hervorzuheben, daß das Niederländische Recht den von dem Code Napoléon (Artikel 895.) definirten Begriff des Testaments, als eines Aktes, durch welchen der Testator für die Zeit, wo er nicht mehr existirt, über sein Vermögen oder einen Theil desselben verfügt, dahin erweitert, daß es das Testament oder den letzten Willen als eine Urkunde charakterisirt, durch welche der Testator bestimmt, was nach seinem Tode geschehen soll, und ferner, daß die entsprechende Vorschrift des Französischen Gesetzbuches (Art. 969.), nach welcher in dreifacher Form, holographisch, in einer öffentlichen Urkunde und in s. g. mystischer Form testirt werden kann, in dem Niederländischen Gesetzbuch (Art. 978.) dahin präzisirt ist, daß man nur in einer von diesen Formen testiren kann. Endlich enthält das Niederländische Gesetzbuch (Art. 1000.) auch die mit Artikel 1001. des Französischen wörtlich übereinstimmende Bestimmung, daß die für die letzten Willenserklärungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden müssen.

Hiernach kann es als außer aller Frage liegend betrachtet werden, daß der angeblichen Verfügung des Meyer Rindskopf auch nach den Niederländischen Gesetzen in keiner Weise

Digitized by Google

Gültigkeit beigemessen werden kann, ein Ergebniß, mit welchem denn auch die beiden klägerischerseits produzirten Vota des Amsterdamer Advokaten Dr. Pinner und des Königlich Niederländischen Justiz-Ministerii übereinstimmen.

No. 3. – I. Senat. Sitzung v. 31. Jan. 1870.

Haarhoff ·|· Haarhoff. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Arnsberg.

Actio ad supplendam legitimam.

Die Novelle 115. cap. 5. weist durch die Worte: secundum nostras alias leges ab heredibus impleri nicht auf die Prinzipien eines wirklichen Theilungsverfahrens, auf Naturaltheilung durch Versilberung der Masse, sondern auf die Pflichttheils-Ergänzungsklage nach dem Werthe des Nachlasses hin.*

Der vorstehende Grundsatz ist vom Ober-Tribunal, unter Verwerfung der von den Klägern ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde, angenommen — aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Nachdem die Kläger in erster Instanz mit ihrer unterm 14. April 1868 erhobenen Klage abgewiesen worden, ist auf ihre Appellation in zweiter Instanz abändernd dahin erkannt worden:

daß es

* Vergl. Bd. 19. S. 185. dieses Archivs.

Digitized by Google

1. bei dem zu den Vormundschaftsakten von der Mutter der Parteien über den väterlichen Nachlaß gelegten Inventare sein Bewenden behalte, Verklagter
2. auch schuldig, jedem der Kläger ein Zehntel des väterlichen Nachlasses nach dem Werthe desselben nebst 5 Prozent Zinsen seit dem Tage der Klage-Insinuation, dem 13. März 1868, herauszugeben, Kläger mit ihren weiteren Anträgen abzuweisen.

Die Kläger haben hiergegen die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, weil, mit Ausnahme des erledigten Punktes der Inventarlegung, nicht nach den Klageanträgen erkannt worden, und gebeten: der Beschwerde gemäß zu erkennen.

Der Klageantrag war dahin gerichtet:

einem jeden der Kläger ein Zehntheil des väterlichen Nachlasses als Pflichttheil zuzuerkennen, und den Verklagten zu verurtheilen, über den ganzen Nachlaß nach dem Zustande desselben zur Zeit des Todes des Georg Haarhoff ein Inventar und über die seit dem Todestage gezogenen Früchte und Nutzungen gehörige Rechnung zu legen, das Inventar zu manifestiren, und den Nachlaß nebst den seit jenem Tage gezogenen Früchten und Nutzungen zur gerichtlichen Theilung zu bringen.

Eventuell hatten die Kläger im Audienztermin vom 16. Dezember 1868 den vom Richter erster Instanz für verspätet erachteten Antrag gestellt:

den Verklagten zu verurtheilen, den sich nach dem zu legenden Inventar ergebenden Pflichttheil in Gelde nebst 5 Prozent Zinsen seit dem Todestage des Erblassers zu zahlen.

Der vorige Richter hat nach diesem, von ihm für noch statthaft und nicht verspätet erachteten, eventuellen Antrage erkannt. Er hat dagegen den Prinzipalantrag: den väterlichen Nachlaß zur gerichtlichen Theilung zu bringen, in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter, für nicht gerecht-

Digitized by Google

fertigt erachtet, indem er der Behauptung der Appellanten gegenüber:

auch der in re vel summa certa eingesetzte Pflichttheilserbe könne auf Naturaltheilung und Versteigerung des Nachlasses dringen,

ausführt:

Da die Kläger im Testamente ihres Vaters als Erben eingesetzt seien, so habe ihnen der Betrag des Pflichttheils auf jede andere Weise und wie im vorliegenden Falle geschehen sei, durch ein Legat hinterlassen werden können. Die Novelle 115. cap. 5. pr. verordne dieses ausdrücklich in den Worten:

hoc autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati: etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.

Die in Bezug genommenen anderen Gesetze: § 3. Inst. 2. 18., Const. 35. § 2., Const. 36. pr., Cod. 3. 28. verordneten ausdrücklich, daß, wenn ein Notherbe auf den Pflichttheil eingesetzt, ihm aber weniger, als derselbe beträgt, hinterlassen sei, derselbe mit der actio ad supplementum legitimae gegen den Testamentserben auf Ergänzung des Fehlenden klagen könne respektive klagen müsse. Diese Klage sei aber eine persönliche, und keinesweges eine Klage dinglicher und zugleich persönlicher Natur, wie dies bei der actio familiae erciscundae der Fall sei. Daher habe ausgesprochen werden müssen, daß einem jeden der Mitkläger $^{1}/_{10}$ des väterlichen Nachlasses nach dem Werthe desselben nebst Zinsen seit der Klage-Insinuation herauszugeben sei, da der eventuelle Antrag nicht für unzulässig zu erachten gewesen.

Digitized by Google

Wenn die Imploranten, obwohl auch zu einem anderen Zweck, dem vorigen Richter eine Verletzung der oben allegirten Gesetze vorwerfen, so wird im Gegentheil dessen Ansicht durch dieselben vollkommen unterstützt. Die Novelle 115. cap. 5. weist durch die Worte: secundum nostras alias leges ab heredibus impleri keinesweges auf die Prinzipien eines wirklichen Theilungsverfahrens, d. h. nicht auf die nach dem Klageantrage gewollte Naturaltheilung durch Versilberung der Masse, vielmehr auf die Pflichttheils-Ergänzungsklage hin. Und in Betreff dieser ist sowohl in dem § 3. Inst. 2. 18., als in den erwähnten Stellen des Codex, nur davon die Rede, es solle: id quod deest viri boni arbitratu repleri, was doch deutlich auf eine Ergänzung des Pflichttheils nach dem Werthe des Nachlasses hindeutet, — vergl. Thibaut, Pandektensystem (5. Ausgabe) § 815., Arndt's Pandekten § 596., v. Holzschuher's Kasuistik Bd. 2. Kap. 4. § 3. No. 13. (S. 701.).

Der vorige Richter hat daher durch seine Verwerfung des Prinzipalantrages die gedachten Gesetze nicht verletzt.

Auf die ebenfalls anscheinend als verletzt bezeichneten §§ 2. 7. 8. 12. I. 46. der Allgem. Gerichts-Ordnung kann es für die gedachte nach Gemeinem Recht zu entscheidende materielle Rechtsfrage nicht ankommen; sie liefern auch für dieselbe Frage nach Preußischem Recht keine Entscheidung; diese ist vielmehr im Anhang § 164. zu § 574. II. 18. des Allgem. Landrechts gerade für die hier vorliegende Frage in dem Sinne entschieden, daß in dem vorausgesetzten Falle der Einsetzung auf eine gewisse Summe der Pflichttheilserbe nicht die Subhastation, sondern nur die Ergänzung des Pflichttheils nach der Taxe verlangen kann. Uebrigens ist auch bereits im Urtheil vom 23. Juni 1856 (Entscheidungen Bd. 33. S. 53.) bemerkt worden,

daß auch das Gemeine Recht, auf welches das Reskript

Digitized by Google

vom 13. Oktober 1794 (die Quelle des Anhangs § 164.) hinweiset, bei der Klage, welche der Pflichttheilsberechtigte auf Ergänzung des Pflichttheils anstelle, ihm nur das Recht gebe, die Vorlegung eines ordentlichen Inventars des Nachlasses zu fordern, dasselbe dabei auf den arbitratus boni viri verweise, und also die Abschätzung durch Sachverständige das gegebene Auskunftsmittel sei.*

No. 4. – I. Senat. Sitzung v. 14. Febr. 1870.

Rade und Genossen ·/· Fiskus. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Merseburg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Vertretung der Eingepfarrten in Prozessen wegen Baubeiträge.

In Prozessen, in welchen Eingepfarrte wegen Baubeiträge klagen oder verklagt werden, sind zu ihrer Vertretung die Kirchenvorsteher als solche nicht befugt und legitimirt.**

A. L. R. II. 11. §§ 712. 731. 789. 790., 10. § 37.; Gesetz No. 2742. vom 21. Juli 1846 (Gesetz-Sammlung S. 343.).

Die 28 Kläger, Eingepfarrte zu Rade, waren mit ihrer gegen den Fiskus, vertreten durch die Regierung zu Merseburg, gerichteten Klage, betreffend den Patronatsbeitrag zu den Baukosten der Küsterwohnung, wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen.

Auf die von den Klägern ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Civilsenats des Appellationsgerichts zu Naumburg vom

* Vergl Bd. 19. S. 189., Bd. 30. S. 43. dieses Archivs.
** Vergl. Bd. 61. S. 141. dieses Archivs.

Digitized by Google

9. September 1869 zu vernichten, in der Sache selbst das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Merseburg vom 12. Oktober 1868 aufzuheben, der Einwand der fehlenden Aktivlegitimation zu verwerfen, und die Hauptsache zur weiteren Verhandlung und zur Entscheidung in die erste Instanz zurückzuverweisen.

Gründe:

Nach den landrechtlichen Vorschriften sind in Ermangelung eines ausreichenden Kirchenvermögens die zum Bau von Kirchen-, Pfarr- und Küstergebäuden Verpflichteten der Patron und die Eingepfarrten, —

§§ 712. 731. 789. 790. 772. II. 11. des Allgem. Landrechts.

Hinsichts eines Küsterhauses, das zugleich Schulhaus ist, gilt dies, soweit nicht der Bau zu Schulzwecken erforderlich geworden ist, —

§ 37. II. 12. des Allgem. Landrechts, Verordnung vom 21. Juli 1846 (Gesetz-Sammlung S. 392.).

Die öffentlich aufgenommenen Kirchengesellschaften haben die Rechte der privilegirten Korporationen, — § 17. II. 11. des Allgem. Landrechts. Sie werden in ihren Vermögens-Angelegenheiten von ihren Vorstehern vertreten, — § 217. daselbst, denen ihre Vermögensverwaltung obliegt, — § 619. daselbst. Die Eingepfarrten sind die weltlichen Mitglieder der Kirchengesellschaft, — § 108. daselbst. Der Patron als solcher gehört zu ihnen nicht, hat eigene Rechte und Pflichten in Ansehung der Kirche und nimmt eine besondere Stelle außerhalb der Kirchengesellschaft ein, — §§ 564. ff. daselbst.

Im gegenwärtigen Prozesse sind 25, nach dem späteren Beitritte dreier Häusler 28 Eingepfarrte unter der Kollektivbezeichnung als Kirchen- und Schulgemeinde klagend gegen den Patron aufgetreten. Der Anspruch betraf den Patronatsbeitrag zu allen Kosten des Baues. Soweit letzterer für

Digitized by Google

Schulzwecke diente, haben Kläger in dem modifizirten Antrage den Anspruch fallen lassen und ihn auf die Baukosten für die Küsterwohnung beschränkt. Nach der Ansicht des Appellations-Richters sollen nicht die Eingepfarrten, soll vielmehr lediglich die durch die Kirchenvorsteher vertretene Kirchenkorporation zur Klage berechtigt gewesen sein. Er hat deshalb die Kläger wegen mangelnder Aktivlegitimation mit der Klage abgewiesen. Zur Unterstützung seiner Ansichten hat er sich auf den § 5. der Landgemeinde-Ordnung für die östlichen Provinzen vom 14. April 1856, die §§ 29. 24. II. 12., die §§ 1. 25. 137. ff. 114. ff. II. 6. des Allgem. Landrechts berufen. Es erscheint indeß der Vorwurf begründet,

daß er von diesen Vorschriften eine fehlerhafte Anwendung gemacht, und durch seine Annahme nach § 1. No. 4. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 rechtsgrundsätzlich verstoßen habe.

Die Frage:

ob die Eingepfarrten oder die durch die Kirchenvorsteher vertretene Kirchengesellschaft zu einer angestellten Klage aktiv legitimirt seien?

ist, wie der Appellations-Richter selbst in Verfolg seiner Ausführungen annimmt, davon abhängig zu machen, ob Rechte und vermögensrechtliche Interessen der einen oder der andern, vorausgesetzt, daß darüber der Rechtsweg an sich zuläſſig, geltend gemacht und im Prozesse verfolgt werden. Hier war in den Verwaltungsverhandlungen über den vorzunehmenden Bau Streit entstanden, ob Fiskus zu demselben den gesetzlichen Patronatsbeitrag zu leisten habe, was er wegen einer ihn angeblich davon befreienden Observanz verweigerte. Durch Resolut der Verwaltungsbehörden ist interimistisch festgesetzt, daß die Kosten von der Gemeinde aufzubringen wären, und Fiskus von einem Beitrage freizulassen sei. Die Parteien sind einverstanden, daß das vorhandene von dem Kirchen-

Digitized by Google

vorstande verwaltete Kirchenvermögen zu dem Bau nicht verwendet werden kann und nicht ausreicht. Ob der Kirchenvorstand in Vertretung der Kirchenkorporation ein Recht und ein Interesse habe, gegen den Patron seine Beitragspflicht zu Kirchenbauten überhaupt, und speziell zu den Kosten des hier vorliegenden, im Wege der Klage zu verfolgen, kann dahingestellt bleiben. Wäre es selbst zuzugeben, so läßt sich doch zugleich ein augenscheinliches Vermögens-Interesse der Eingepfarrten nicht bestreiten, daß Fiskus zu dem jetzt fraglichen Bau mit dem gesetzlichen Patronatsbeitrage herangezogen werde. Ist Fiskus davon befreit, so haben die Eingepfarrten seinen Beitrag mit aufzubringen, so daß der verhältnißmäßige Antheil eines jeden einzelnen von ihnen um so viel höher zu stehen kommt. Bei diesem ihrem offenbaren Interesse zur Sache müssen sie auch für aktiv legitimirt erachtet werden, gegen den Fiskus auf Gewährung des Patronatsbeitrages Klage zu erheben, worauf die von ihnen angestellte abzweckt.

Außer der Hauptfrage kommen noch einige Nebenfragen in Betracht, die damit nicht in einem nothwendigen Zusammenhange stehen.

Die erste dieser Nebenfragen ist,

ob die Eingepfarrten in ihrer Gesammtheit gleich der durch ihren Vorstand vertretenen Kirchengesellschaft eine Korporation bilden?

In vielfachen diesseitigen Präjudikaten —

(Präjudiz No. 1816., Präjudizien-Sammlung I. S. 206., Entscheidungen Bd. 13. S. 525.) —

sind sie als solche anerkannt, und ist dieser ihrer Qualität auch eine rechtliche Folge gegeben. Insbesondere ist in dem Präjudikat (Striethorst's Archiv Bd. 24. S. 326.), welches einen Fall betraf, in dem der Patron schon wirklich verausgabte Baukosten von der Gesammtheit der Eingepfarrten zurückforderte, aus jenem Grundsatz hergeleitet,

Digitized by Google

daß die Klage nicht gegen die Einzelnen zu richten gewesen sei, welche zur Zeit des Baues wirklich eingepfarrt waren, und die den vom Patron getragenen Beitrag mit hätten aufbringen müssen, daß vielmehr die Gesammtheit, wie sie zur Zeit der Klage bestanden, passiv legitimirt, und es ihre Sache sei, die nicht den Berechtigten angehende, eine innere Angelegenheit der Eingepfarrten betreffende Vertheilung der Beiträge zu veranlassen.

In einem anderen Falle ist der Gesammtheit der Eingepfarrten mit den Rechten einer privilegirten Korporation die Doppelfrist zur Einlegung von Rechtsmitteln zugestanden (Entscheidungen Bd. 20. S. 380.).

Im vorliegenden Fall ist der Anspruch von einer Korporations-Eigenschaft der Eingepfarrten in ihrer Gesammtheit nicht abhängig, und kommt es auf dieselbe nicht an.

Bereits in vielen früheren Sachen ist erörtert, ob die Eingepfarrten, wenn sie klagend oder als Verklagte auftreten, von den Vorstehern der Kirchengesellschaft ohne ihnen ertheilten speziellen Auftrag vertreten werden können. Konstant ist angenommen, daß die Vorsteher als Beamte der Kirchengesellschaft dazu nicht legitimirt sind, und die Eingepfarrten zu ihrer Vertretung in solchen Prozessen besondere Repräsentanten wählen müssen, womit die Ansicht des Appellations-Richters, daß hier die Vorsteher als Beamte der Korporation aktiv legitimirt sein würden, in direktem Widerspruch steht. Selbstverständlich bedarf es keiner Bestellung besonders gewählter Repräsentanten, wenn die Eingepfarrten, wie es hier geschehen, ihren Prozeß durch einen Rechtsanwalt selbst führen wollen, und nicht besondere Umstände, wie die große Zahl der Betheiligten, die Dazwischenkunft solcher Mittelspersonen erforderlich erscheinen läßt.

In anderen Präjudikaten ist zur Erörterung gekommen: ob auch einzelne Eingepfarrte überhaupt, und speziell hinsichts des auf sie kommenden Antheils, zu einer Klage

Digitized by Google

gegen den Patron, wie die gegenwärtige, legitimirt sind?

Diese Frage ist regelmäßig, namentlich in dem vom Appellations-Richter allegirten Präjudikate (Striethorst's Archiv Bd. 61. S. 140.) verneint; die Klage einzelner Eingepfarrten gegen andere wegen des Beitragsverhältnisses ist unter Umständen für zulässig erachtet, nicht aber in gleicher Art gegen den Patron, weil seine Stellung eine andere, er kein Mitglied der Kirchenkorporation, sein Verhältniß den einzelnen Eingepfarrten gegenüber das eines der Korporation nicht angehörigen Dritten sei.

Wenn nun aber auch der Regel nach die Eingepfarrten in ihrer Gesammtheit dem Patron gegenüber die Stelle der Partei einzunehmen haben, so ist dadurch doch nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen einzelne von ihnen oder selbst einzelne nicht betheiligte Klassen an dem Prozesse nicht Theil nehmen. Schon die Prozeßgesetze lassen hierin dem Richter ein gewisses Ermessen frei. Nach § 4. No. 7. I. 5. der Allgem. Gerichts-Ordnung ist, wenn mehrere Theilnehmer auf klägerischer Seite vorhanden sind, und das Objekt als ein untheilbares anzusehen ist, der richterlichen Beurtheilung überlassen, ob klagende Theilnehmer allein zum Prozesse zu verstatten, oder bis zur Beistimmung der übrigen zurückzuweisen sind.

Im vorliegenden Falle ist der vom Beklagten erhobene Anstand, daß Kläger nicht die Gesammtheit der Eingepfarrten ausmachen sollen, als unerheblich nicht zu berücksichtigen. In der Klagebeantwortung war behauptet, es gehörten zu den Eingepfarrten noch andere Personen, unter Anderm drei Häusler. Kläger haben entgegnet, daß diese nicht mit geklagt hätten, weil sie von Baubeiträgen freigeblieben wären, aber ihren nachträglichen Beitritt beschafft. In der Appellations-Beantwortung gab dann Fiskus an, es fehlten noch eine Reihe Häusler, Handarbeiter und Miethsleute. Fiskus hat aber weder angegeben, wie viel solcher Eingepfarrten noch

Digitized by Google

vorhanden, noch, ob sie nach der Ortsverfassung zu Baubeiträgen herangezogen wären, noch ob sie eine Mehrzahl der Eingepfarrten ausmachten, noch daß und welchen Nachtheil er aus ihrem mangelnden Beitritt besorgen zu müssen glaube. Ein Interesse des Fiskus an ihrer Zuziehung zum Prozeß ist überall nicht ersichtlich, und es muß gleichgültig erscheinen, daß sie der Klage nicht beigetreten sind.

Irrthümlich hält der Appellations-Richter dafür, daß seine Beurtheilung der Aktivlegitimation mit den von ihm angezogenen Präjudikaten übereinstimme.

In dem Falle — Entscheidungen Bd. 20. S. 380. — war streitig: ob der Patron auch die Baudienste zu bestreiten habe. Er klagte gegen die Eingepfarrten, die sich durch drei Bevollmächtigte aus ihrer Mitte eingelassen haben. Der Kirchenvorstand ist damals nicht zugezogen, gegen die Passivlegitimation der Beklagten hat kein Bedenken obgewaltet.

Ein Gleiches muß hinsichts der Aktivlegitimation der Eingepfarrten gelten, wenn sie die Stelle der Kläger einnehmen.

Die Sache — Entscheidungen Bd. 36. S. 305. — betraf eine Klage des Patrons gegen die Eingepfarrten auf Erstattung früher bestrittener Baukosten. Hier widersprachen Beklagte ihrer Passivlegitimation, weil die Klage gegen die zur Zeit der stattgehabten Bauten eingepfarrt gewesenen Personen hätte gerichtet werden müssen; der Einwand ist aber verworfen. Dieser Fall ist der auch in Striethorst's Archiv Bd. 24. S. 326. veröffentlichte.

Dagegen sind in dem Urtheil — Entscheidungen Bd. 41. S. 312. — die Eingepfarrten, welche vom Patron die Erstattung von Baubeiträgen verlangten, für nicht aktiv legitimirt erachtet, aber keinesweges aus dem Grunde,

weil die durch den Kirchenvorstand vertretene Kirchenkorporation die zur Klage Berechtigte sei,

sondern weil nach Lage der Sache angenommen ist,

Digitized by Google

daß der Anspruch den zur Zeit der Bauten eingepfarrten Mitgliedern zustehe, welche vor so vielen Jahren aus ihrem Vermögen zu denselben beigesteuert hätten.

Die Aktivlegitimation der Eingepfarrten — verschieden von der durch den Kirchenvorstand vertretenen Kirchengesellschaft ist daher auch hier nicht bezweifelt.

Der Fall des Urtheils — Striethorst's Archiv Bd. 33. S. 106. — ist ein von dem jetzigen wesentlich verschiedener. Dort hatte ein Rittergutsbesitzer gegen Patron und Kirchen-Kollegium negatorisch geklagt,

daß er nicht verpflichtet sei, zu Bauten verschiedene Materialien unentgeltlich zu liefern.

Hier ist der Einwand der mangelnden Passivlegitimation verworfen, die Entscheidung aber im Wesentlichen dadurch motivirt,

daß einestheils die Verpflichtung vom Kläger nicht in seiner Eigenschaft als Eingepfarrter beansprucht sei, und daß es sich anderntheils um Rechte des Kirchenvermögens (Kirchenärars) handle, wie denn auch die Verpflichtung von den Verwaltungsbehörden auf den Antrag von Patron und Kirchenkollegium, also der Kirche gegenüber festgesetzt worden.

In dem Falle — Striethorst's Archiv Bd. 61. S. 140. — waren 7 Rittergutsbesitzer, darunter der Patron und 7 Gemeinden eingepfarrt. Von ihnen hatten 4 Rittergutsbesitzer und 3 Gemeinden ohne Beitritt der zwei und vier andern gegen den Patron auf Gewährung des Patronatsbeitrages ihnen gegenüber geklagt. Ihre Aktivlegitimation ist nicht für begründet erachtet, und dabei erwogen, daß der Anspruch nicht von der Gesammtheit der Eingepfarrten geltend gemacht sei. Bei dem mangelnden Beitritt von zwei Rittergütern und 4 ganzen Gemeinden war die Sachlage eine von der jetzigen wesentlich verschiedene, indem hier nur einzelne Eingepfarrte aus Klassen nicht zugezogen sein sollen, von denen

Digitized by Google

nicht einmal erhellt, ob sie überhaupt zu den Baukosten beigetragen haben.

Noch in vielen anderen Präjudikaten ist konstant als Grundsatz angenommen,

daß in Prozessen, in welchen Eingepfarrte wegen Baubeiträge klagen oder verklagt werden, die Kirchenvorsteher als solche zu ihrer Vertretung nicht befugt und legitimirt sind.

Es kann in dieser Beziehung auch auf die Fälle — Entscheidungen Bd. 30. S. 182., Bd. 28. S. 350., Bd. 21. S. 283., Bd. 37. S. 297., Bd. 50. S. 345. — verwiesen werden. Jener Grundsatz und die hier entwickelten Gründe unterstützen für den vorliegenden Fall die Anerkennung der Aktivlegitimation der Kläger, und stellen die Bedenken des Appellations-Richters gegen dieselbe als unzutreffend dar.

Auf den schon eben beseitigten Zweifel, daß einzelne Eingepfarrte der Klage nicht beigetreten sein sollen, legt der Appellations-Richter selbst kein Gewicht, geht vielmehr davon aus, daß Kläger als die Gesammtheit der Eingepfarrten anzusehen seien.

Die vom Appellations-Richter allegirten Vorschriften stehen der Aktivlegitimation der Kläger nicht entgegen. Es geht daraus nur hervor, daß politische, Kirchen- und Schulgemeinden nicht identisch sind, und daß Korporationen durch ihre Vorsteher vertreten werden.

Demgemäß unterliegt die vorige Entscheidung wegen Verletzung von Rechtsgrundsätzen der Vernichtung. Für die Hauptsache folgt, daß das Erkenntniß erster Instanz aufgehoben, der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation verworfen, und die Sache zur weiteren Verhandlung und anderweiten Entscheidung in die erste Instanz zurückverwiesen werden muß.

Dem Prozeßrichter bleibt übrigens vorbehalten, sofern sich hervorstellen sollte,

Digitized by Google

daß außer den Klägern noch andere bei der Sache interessirte Eingepfarrte vorhanden seien, und deren Zuziehung zu dem Prozesse für nöthig befunden würde,

dieselbe, allenfalls nach Maaßgabe der Verordnung vom 23. Januar 1846, zu veranlassen.

No. 5. — I. Senat. Sitzung v. 14. Febr. 1870.

Ostwaldt ·|· Ostwaldt. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Selbstständiges Erbrecht der Descendenz vorverstorbener Kinder gegen die Ascendenten, nach dem Erbrecht der Kurmark Brandenburg.

a. Die Abkömmlinge der vor dem Erblasser bereits verstorbenen Kinder gehören zu den Descendenten, welchen die Gesetze ein vollkommenes gesetzliches Erbrecht in den Nachlaß des Erblassers beilegen.

b. Die Ascendenten können solchen Descendenten dieses Erbrecht nur aus den bestimmten Enterbungsgründen ganz entziehen, und wo solche nicht vorhanden, ihnen in allen Fällen, wo ihr Erbrecht in Wirksamkeit treten würde, als Erbtheil den Pflichttheil hinterlassen.

c. Ascendenten müssen, wenn sie ihren nächsten Descendenten enterben, selbst den entfernteren Descendenten, zwischen denen und dem Erblasser der Enterbte noch in der Mitte steht, insofern den Pflichttheil hinterlassen, als bei vorausgesetzter Gültigkeit der Enterbung und dadurch bewirk-

Digitized by Google

tem Fortfallen des Enterbten dessen Descendenten bei der Intestaterbfolge zur Erbschaft gelangt sein würden.

d. Ist ein posthumus nur dadurch zur unmittelbaren Erbfolge berechtigt worden, daß sein im Testamente zum Erben eingesetzter parens vor dem Testator gestorben war, so tritt er ganz an die Stelle des eingesetzten parens, sowie überhaupt, wenn ein im Testamente eingesetztes Kind vor dem Erblasser verstirbt, dessen Abkömmlinge ganz an seine Stelle treten; auch wenn ihrer im Testamente nicht ausdrücklich gedacht wäre, und das Testament daher gültig bleibt.

v. Scholz und Hermensdorf, Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg §§ 259. 314. 314a. 353-355.

Die Wittwe Ostwaldt hatte in ihrem Testament ihren vor ihr verstorbenen Sohn, den Vater der Kläger, enterbt und bestimmt: derselbe solle für den Fall, daß er oder sein Vertreter an seiner Stelle diese Enterbung mit Erfolg anfechten würden, was sie nicht wünsche und glaube, nur die Hälfte des gesetzlichen Pflichttheils erhalten.

Die Kläger nahmen als Enkel der Wittwe Ostwaldt ihr Erbrecht gegen die verklagten sonstigen Erben in Anspruch, und wurden letztere durch das Erkenntniß zweiter Instanz verurtheilt.

Die von ihnen hiergegen ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründe:

Der Appellations-Richter geht von der in der Nichtigkeitsbeschwerde unangefochten gebliebenen, übrigens unzweifelhaft richtigen Annahme aus, daß die Kläger, die Enkel

Digitized by Google

der Wittwe Ostwaldt, als Kinder deren vor ihr verstorbenen Sohnes selbstständige Notherben dieser ihrer Großmutter geworden seien und nicht hätten von ihr präterirt werden können.

Ebenso unangefochten gelassen ist die thatsächliche Feststellung:

daß die Großmutter in ihrem Testamente die bei dessen Errichtung schon am Leben gewesenen Kläger präterirt, dagegen deren Vater im § 1. in gehöriger Form enterbt, im § 3. aber noch bestimmt habe: derselbe solle für den Fall, daß er oder seine Vertreter an seiner Stelle diese Enterbung mit Erfolg anfechten würden, was sie nicht wünsche und glaube, nur die Hälfte des gesetzlichen Pflichttheils erhalten.

Zum Verständnisse der weiteren Entscheidungsgründe des Appellations-Richters und der dagegen erhobenen Angriffe ist zu bemerken, daß, nachdem in den §§ 432. 433. 436. II. 2. des Allgem. Landrechts vorgeschrieben ist:

daß, wenn die Beschwerde eines Kindes über Entziehung, Verkürzung oder Belastung seines Pflichttheils aus einer nicht gesetzmäßigen oder nicht gegründeten Ursache vom Richter gegründet befunden werde, dem Kinde sein Pflichttheil aus der Erbschaft ungeschmälert und uneingeschränkt verabfolgt werden, in allen andern die Enterbung nicht betreffenden Stücken aber die letztwillige Verordnung bei Kräften bleiben solle,

in den §§ 441. 442. gesagt ist:

Haben Eltern ein Kind zwar enterbt, aber gar keine Ursache der Enterbung, oder einen nicht gesetzmäßigen Grund angeführt, so finden die Vorschriften der §§ 432. bis 436. Anwendung. — Eben das gilt, wenn ein Kind oder Enkel in der letzten Willensverordnung ganz mit Stillschweigen übergangen worden.

Und hieran schließt sich der § 443. an, welcher so lautet:

Digitized by Google

Ist aber ein im Testamente eingesetztes Kind vor dem Erblasser verstorben, so treten dessen Abkömmlinge ganz an seine Stelle, wenn auch ihrer im Testamente nicht ausdrücklich gedacht wäre.

Der Appellations-Richter hat nun als die im vorliegenden Prozesse eigentlich zu entscheidende Streitfrage die bezeichnet:

ob dieser § 443. der Annahme einer unrechtmäßigen Präterition der Kläger entgegenstehe?

diese Frage aber aus folgenden Gründen verneint, einmal:

weil § 443. sowohl nach Allgemeinem Landrecht als nach Märkischem Provinzialrecht überhaupt nur anwendbar sei, wenn die dem Vater der präterirten Notherben ausgesetzte Portion den Betrag des Pflichttheils übersteige, dagegen ausgeschlossen werde durch jegliche Verkürzung oder Belastung dieses Pflichttheils;

dann aber auch:

weil § 443. selbst nach seinem Wortlaute auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, da der Vater der Kläger in dem Testamente seiner Mutter nicht eingesetzt, sondern unbedingt enterbt sei, im Falle der Enterbung des Vaters aber mit Rücksicht auf die auch in der Mark geltende Bestimmung des § 354. a. a. O.:

daß Enkel zur Erbfolge der Großeltern gelangen, wenn ihre Eltern von den Großeltern enterbt worden seien,

nicht angenommen werden könne, daß der § 443. den Enkeln die ihnen nach § 354. sogar bei Lebzeiten des enterbten Vaters gewährten Rechte nach dem Tode des Vaters habe verkümmern wollen.

Wenn nun die Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellations-Richter vorwirft:

die §§ 354. 433. 441—443. II. 2. des Allg. Landrechts verletzt, durch die Annahme:

der Vater der Kläger sei nicht eingesetzt, sondern enterbt,

Digitized by Google

das Wesen des zu beurtheilenden Rechtsgeschäftes —
(Verstoß nach No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839) —
verkannt und den Rechtsgrundsatz verletzt zu haben:
„In der Mark treten die Abkömmlinge eines im Testamente der Eltern enterbten respektive eines auf den Pflichttheil oder einen Theil desselben eingesetzten Kindes lediglich an Stelle ihres Vaters, wenn dieser vor dem Erblasser stürbe",
so ergiebt sich, daß, sofern der zweite selbstständige Entscheidungsgrund des Appellations-Richters nicht mit Erfolg angegriffen ist, es darauf nicht ankommen kann, ob seine Ausführung, daß der § 443. a. a. O. auch noch aus anderen Gründen nicht anwendbar sei, zutreffend sein möchte oder nicht.

Der Appellations-Richter erachtet die Anwendbarkeit des § 443. a. a. O. im vorliegenden Falle deshalb ausgeschlossen, weil der Vater der Kläger im Testamente seiner Mutter nicht eingesetzt, sondern unbedingt enterbt sei. Hierin liegt zweierlei, eine thatsächliche Feststellung und eine rechtliche Ausführung.

Wenn die Richtigkeitsbeschwerde zur Widerlegung der letzteren die Verletzung des Rechtssatzes rügt:
„daß in der Mark die Abkömmlinge eines im Testamente der Eltern enterbten Kindes lediglich an die Stelle ihres Vaters treten, wenn dieser vor dem Erblasser stürbe",
und diesen Satz, wie die im Eingange versuchte Deduktion,
daß ein Erblasser durch die Enterbung eines Kindes dessen Kindern die Erbportion, ebenso wenn der Enterbte ihn überlebe, als wenn er vor ihm sterbe, entziehe,
anzudeuten scheint, so verstehen will, daß in der Mark die Abkömmlinge eines enterbten vordem enterbenden Ascendenten gestorbenen Kindes insofern an die Stelle ihres Vaters treten, daß sie sich die Enterbung desselben gefallen lassen

Digitized by Google

müßten, so läßt sich die Richtigkeit eines solchen Rechtssatzes, der auch nicht einmal durch Anziehung der betreffenden Bestimmungen des Märkischen Rechts näher zu motiviren versucht ist, in keiner Art anerkennen.

Es genügt dieserhalb darauf hinzuweisen, daß nach Märkischem Provinzialrecht —

(Scholz, Entwurf, S. 51. 61. 71.) —

§ 259.: die Abkömmlinge der **vor dem Erblasser bereits verstorbenen** Kinder zu den Descendenten gehören, welchen die Gesetze ein vollkommenes gesetzliches Erbrecht in den Nachlaß des Erblassers beilegen;

§ 314.: die Ascendenten solchen Descendenten dieses Erbrecht nur aus den im § 335. angegebenen Ursachen ganz entziehen können, und wo solche nicht vorhanden, ihnen in allen Fällen, wo ihr Erbrecht in Wirksamkeit treten würde, als Erbtheil den Pflichttheil hinterlassen müssen;

§ 314a.: Ascendenten daher, wenn sie ihre nächsten Descendenten enterben, selbst den **entfernteren** Descendenten, **zwischen denen** und dem Erblasser der **Enterbte noch in der Mitte steht, insofern** den Pflichttheil hinterlassen müssen, **als bei vorausgesetzter Gültigkeit der Enterbung** und dadurch bewirktem Fortfallen des Enterbten dessen Descendenten bei der Intestaterbfolge zur Erbschaft gelangt sein würden;

und daß der nach den Motiven II. S. 185. als mit dem § 443. a. a. O. des Allgem. Landrechts übereinstimmend bezeichnete § 355. des Entwurfs dahin lautet:

Ist ein posthumus (§§ 353. 354.) nur dadurch zur unmittelbaren Erbfolge berechtigt worden, daß

Digitized by Google

sein im Testamente zum Erben eingesetzter parens vor dem Testator gestorben war, so tritt er ganz an die Stelle des eingesetzten parens, sowie überhaupt, wenn ein im Testamente eingesetztes Kind vor dem Erblasser verstirbt, dessen Abkömmlinge ganz an seine Stelle treten, auch wenn ihrer im Testamente nicht ausdrücklich gedacht wäre, und das Testament daher gültig bleibt.

Hiernach ist nicht zu bezweifeln, daß der im § 443. a. a. O. des Allgem. Landrechts ausgesprochene Rechtssatz für den Fall der Erbeseinsetzung eines Kindes auch in der Mark Geltung habe, dagegen kann nicht davon die Rede sein, daß derselbe in der Mark auf den Fall der Enterbung eines Kindes anwendbar sei.

Die Nichtigkeitsbeschwerde erkennt aber ausdrücklich an, daß der Vater der Kläger im Testamente seiner Mutter § 1. — zunächst — unbedingt enterbt worden ist. Es kommt daher nur darauf an, ob der Appellations-Richter, obwohl er feststellt:

daß die Erblasserin im § 3. ihres Testaments ferner bestimmt habe:

ihr (im § 1. in gehöriger Form enterbter) Sohn — der Vater der Kläger — solle für den Fall, daß er oder seine Vertreter an seiner Stelle diese Enterbung mit Erfolg anfechten würden, was sie nicht wünsche und glaube, nur die Hälfte des gesetzlichen Pflichttheils erhalten,

darin rechtlich gefehlt hat, daß er dessenungeachtet die Anwendbarkeit des zitirten § 443. des Allg. Landrechts respektive der im allegirten § 355. des Entwurfs zum Märkischen Provinzialrecht enthaltenen Bestimmung im vorliegenden Falle ausgeschlossen erachtet hat?

In dieser Beziehung hat der Appellations-Richter wörtlich Folgendes ausgeführt:

Digitized by Google

Die anderweitigen Dispositionen, die die Testatrix im §. 3. des Testamentes getroffen hat, um das Erbtheil des Vaters der Kläger, falls er die Enterbung anfechten und dann nicht auf Grund des Testaments, sondern auf Grund des Gesetzes Erbe werden sollte, nach Möglichkeit zu beschränken, modifiziren die prinzipale Absicht der Testatrix, ihren Sohn zu enterben, in keiner Weise; sie kommen, so lange die Enterbung besteht (und dieselbe ist bis jetzt nicht angefochten worden, da die Kläger aus eigenem Rechte klagen), gar nicht in Betracht. Es liegt daher der Fall einer auch nur bedingten Erbeseinsetzung des Vaters der Kläger nicht vor.

Und die Implorantinnen beschuldigen den Appellations-Richter, indem sie deduziren:

daß der Pflichttheil ein Erbtheil, der auf denselben Eingesetzte, auch wenn die Einsetzung eine bedingte, Erbe sei, und daß es nicht darauf ankomme, daß die Enterbungs-Absicht die prinzipale gewesen, und die Bedingung bisher nicht eingetreten sei,

nicht nur durch Leugnen:

die auf die im Testamente zunächst ausgesprochene Enterbung später folgende bedingte Einsetzung sei eine Einsetzung im Sinne des § 443. a. a. O.,

das Wesen des zu beurtheilenden Rechtsgeschäfts —

(Verstoß nach No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839) —

verkannt, sondern auch den Rechtsgrundsatz verletzt zu haben:

„daß in der Mark die Abkömmlinge eines im Testamente der Eltern auf den Pflichttheil oder einen Theil desselben eingesetzten Kindes lediglich an die Stelle ihres Vaters träten, wenn dieser vor dem Erblasser stürbe."

Die Rüge der Verkennung des Wesens des zu beurtheilenden Rechtsgeschäfts — welches in der Richtigkeitsbeschwerde nicht einmal näher bezeichnet ist — trifft hier schon deshalb

Digitized by Google

nicht zu, weil der Appellations-Richter in seiner obigen Ausführung gar nicht geleugnet hat: daß die bedingte Einsetzung, welche der zunächst ausgesprochenen Enterbung im Testamente folge, eine Einsetzung im Sinne des § 443. a. a. O. sei, er vielmehr seine Entscheidung darauf gestützt hat, daß der Fall einer auch nur bedingten Erbeseinsetzung des Vaters der Kläger deshalb („daher") nicht vorliege, weil die zunächst von der Erblasserin beabsichtigte Enterbung desselben bis jetzt nicht angefochten sei, also noch bestehe, und weil, so lange dies der Fall sei, die von der Erblasserin im § 3. des Testaments zu dem Zwecke, um, falls er die Enterbung anfechten sollte, sein Erbtheil nach Möglichkeit zu beschränken, getroffenen anderweiten Dispositionen gar nicht in Betracht kämen.

Es fragt sich daher nur:

ob hierdurch gegen den als verletzt bezeichneten Rechtsgrundsatz gefehlt ist?

Nun kann nach dem oben allegirten § 355. des Entwurfs zum Märkischen Provinzialrecht die Richtigkeit dieses Rechtsgrundsatzes, sowie er formulirt ist, nicht anerkannt werden.

Der § 443. a. a. O. kommt nämlich in der Mark nur insofern zur Anwendung, als das vor dem Erblasser verstorbene Kind im Testamente des Erblassers zum Erben eingesetzt worden ist, und übereinstimmend mit dem § 339. des Provinzialrechts-Entwurfs ist diesseits in dem Präjudiz No. 1656. —

Präjudizien-Sammlung I. S. 168., Entscheidungen Bd. 12. S. 419. —

angenommen:

daß in der Mark zufolge der hier zur Anwendung kommenden Vorschriften der Novelle 115. Kap. 3. und 4. Notherben immer wirklich zu Erben berufen werden müßten, widrigenfalls das betreffende Testament in Be-

Digitized by Google

ziehung auf die Erbeseinsetzung ungültig sei, daß aber die Frage:

ob eine Erbeseinsetzung als geschehen anzunehmen sei?

nach den Vorschriften der nicht suspendirten §§ 4. und 45. I. 12. des Allg. Landrechts zu beurtheilen sei.*

Die Berufung des Notherben zum Erben ist so wesentlich, daß es als eine die Ungültigkeit der Erbeseinsetzung des Testaments zur Folge habende Präterition, d. h. der Enterbung gleich stehende Uebergehung gilt, wenn auch der Notherbe ohne Institution zum Erben im Testamente genannt, und ihm etwas hinterlassen sein sollte, wogegen —

(vergl. § 345. des Entwurfs zum Märkischen Provinzialrecht) —

in dem Falle, wenn der Notherbe überhaupt zum Erben ernannt worden, die Erbeseinsetzung selbst bei Kräften bleibt, und der Notherbe aus dem Grunde, weil ihm ohne Anführung gesetzlicher Enterbungsgründe weniger als sein gesetzlicher Pflichttheil oder der Pflichttheil unter Bedingungen oder Einschränkungen hinterlassen worden, nur auf Ergänzung oder Befreiung des Pflichttheils von der darauf gelegten Last oder Einschränkung antragen kann.

Die Sache steht hiernach rechtlich so: entweder der Vater der Kläger ist im Testamente seiner Mutter überhaupt nicht als Erbe berufen, es ist ihm aber doch etwas hinterlassen; so hindert eine solche Zuwendung die Kläger nicht, die testamentarische Erbeseinsetzung als ungültig anzufechten und Intestaterbrechte an den großmütterlichen Nachlaß geltend zu machen. Oder aber, der Vater der Kläger ist im Testamente seiner Mutter zu ihrem Erben eingesetzt (ernannt, berufen), so würde eine ungerechtfertigte Verkürzung oder Belastung seines Pflichttheils den von ihnen im vorliegenden Prozesse geltend gemachten Anspruch immer nicht zulässig erscheinen lassen, vielmehr nur den Antrag auf

* Vergl. den Rechtsfall No. 3. S. 9. dieses Bandes.

Digitized by Google

Zuerkennung respektive Ergänzung des Pflichttheils recht- fertigen.

Die Entscheidung hängt daher wesentlich von der That- frage ab:

ob nach **Inhalt** des vorliegenden Testaments der erste oder der zweite Fall vorhanden ist?

Wenn nun der Appellations-Richter meint:

die Dispositionen im § 3. des Testaments kämen — auch wenn sie eine bedingte Erbeseinsetzung enthalten sollten, — weil sie die prinzipale Absicht der Testatrix, ihren Sohn zu enterben, in keiner Weise modifizirten, und der Fall, für welchen sie getroffen seien, nämlich die Anfechtung der Enterbung durch den Sohn oder dessen Vertreter noch nicht eingetreten sei, so lange die bis jetzt nicht angefoch- tene Enterbung bestehe, gar nicht in Betracht,

und hieraus die Folgerungen ableitet:

daß der Vater der Kläger als enterbt zu erachten sei, daß die als unrechtmäßig präterirt anzusehenden Kläger aus eigenem Rechte die Aufhebung der im Testamente ihrer Großmutter enthaltenen Erbeseinsetzung und die Anerken- nung ihres Intestaterbrechts in deren Nachlaß verlangen könnten, und daß diesem ihrem Rechte der § 443. II. 2. des Allgem. Landrechts nicht entgegen stehe,

so liegt der Hauptentscheidungsgrund des Appellations-Rich- ters offenbar darin, daß die Dispositionen im § 3. des Testaments im vorliegenden Falle **deshalb außer Betracht bleiben müßten, weil sie nur für einen nicht eingetre- tenen Fall getroffen** seien.

Dieser auf einer Auslegung des Testaments beruhende Grund ist von den Implorantinnen speziell nicht angegriffen und wird von den in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde aufgestell- ten, oben wörtlich angegebenen Angriffen, auch wenn sie für zutreffend erachtet werden könnten, nicht mit betroffen und beseitigt.

Digitized by Google

Bleibt derselbe aber stehen, sind also die Dispositionen der Erblasserin im § 3. ihres Testaments für den hier vorliegenden Fall, daß ihr Sohn oder seine Vertreter die im § 1. des Testaments ausgesprochene unbedingte Enterbung nicht mit Erfolg angefochten haben, überhaupt nicht getroffen, und deshalb hier nicht in Betracht zu ziehen, so kann es nicht darauf ankommen, ob denselben, wenn sie in Betracht zu ziehen wären, der Sinn und die Bedeutung einer Erbeseinsetzung des Vaters der Kläger beizulegen sein möchte. Und ebensowenig darauf, ob der Appellations-Richter durch die restriktive Auslegung, die er dem § 443. a. a. O. geben zu können vermeint, diese Gesetzesvorschrift verletzt haben möchte.

Hiernach ist die Nichtigkeitsbeschwerde als nicht begründet zurückzuweisen.

No. 6. – IV. Senat. Sitzung v. 17. Febr. 1870.

Striemer ·/· Krieschen. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Auftrag zur Vermittelung eines Geschäfts gegen Lohn als Vertrag über Handlungen oder Mandat.

Das Versprechen eines Proxenetikums für die Vermittelung eines Geschäfts unter der Bedingung, daß dasselbe auch zu Stande komme, ist sowohl mit einem Mandat als mit dem Vertrage über Handlungen vereinbar.

A. L. R. I. **11.** §§ 869. ff. 886. 888., **13.** §§ 13. ff. 69.

Der Kläger verlangte vom Verklagten die Zahlung eines versprochenen Proxenetikums für die Vermittelung eines Dar-

Digitized by Google

lehnsgeschäftes, welches später und angeblich durch die Schuld des Verklagten nicht zum Abschluß gekommen war.

Der zweite Richter wies den Kläger ab.

Die vom Kläger ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

Der Appellations-Richter geht davon aus, daß in dem Versprechen eines Proxenetikums für die Vermittelung eines Geschäfts die Bedingung liege, daß das Geschäft auch zu Stande gekommen sei. Ein derartiger **Inhalt** eines solchen Versprechens ist sowohl mit einem Mandat, als mit einem Vertrage über Handlungen vereinbar. Auch im Allgemeinen kann nicht angenommen werden, daß ein Vertrag über Vermittelung eines Geschäfts nur das Wesen eines Vertrags über Handlungen enthalte, das Wesen eines Mandats aber ausschließe: vielmehr ist es sehr wohl denkbar, daß namentlich der Auftrag zur Beschaffung eines Darlehns auch die Voruahme von Handlungen in sich schließt, welche, wie die Verabredung der Bedingungen, unter denen es gesucht wird und gegeben werden soll, eine Stellvertretung des Mandanten enthalten, besonders wenn der Beauftragte concessionirter Agent ist. Der Appellations-Richter hat Nichts festgestellt, was dem Wesen eines Mandats widerspräche und nur das eines Vertrages über Handlungen an die Hand gäbe. Der Vorwurf der Verkennung der Natur des vorliegenden Rechtsgeschäfts und der Verletzung der §§ 869. 870. 873. I. 11. des Allgem. Landrechts über das Wesen der Verträge über Handlungen ist daher nicht begründet.

Bei dem angenommenen und nicht beseitigten Inhalte des Versprechens eines Proxenetikums für die Vermittelung des Geschäfts dahin, daß dasselbe auch zu Stande gekommen sein müsse, war der Appellations-Richter auch

Digitized by Google

zu der Folgerung berechtigt, daß es gleichgültig sei, aus welchem Grunde sich das beabsichtigte Geschäft zerschlagen habe, und ob Verklagter hieran selbst Schuld sei. Und ebenso berechtigt ist von diesem Standpunkte aus die weitere Annahme des Appellations-Richters, daß Kläger nicht für die gehabten Bemühungen die beanspruchte Provision, sondern nur für zweckmäßig verwendete Kosten Entschädigung fordern könne.

Auch der § 69. I. 13. des Allgem. Landrechts, welcher letzteres bestimmt, und die §§ 886. und 888. I. 11. a. a. O., worin angeordnet ist, welche Vergütung bei Verträgen über Handlungen der eine Kontrahent fordern kann, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung von der anderen Seite durch Zufall oder Verschulden des anderen Kontrahenten entsteht, können daher nicht für verletzt angesehen werden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist deshalb zurückzuweisen.

No. 7. – III. Senat. Sitzung v. 18. Febr. 1870.

v. Blumenthal-Jannewitz ·|· Post. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Schlawe.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Köslin.

Zuständigkeit des Richters erster Instanz beim Rechtsmittel gegen einen Schiedsspruch.

Im § 175. I. 2. der Allgem. Gerichts-Ordnung, woselbst die beiden Rechtsmittel, durch welche das laudum angefochten werden kann, die Nichtigkeitsklage in den Fällen der §§ 172. und 173. und die Appellation § 174. behandelt sind, ist der ordentliche

Digitized by Google

Richter erster Instanz zur Entscheidung beider Rechtsmittel bestellt.*

A. G. O. I. 2. §§ 172-175.

Die Parteien hatten in dem Pachtvertrage vom 11. März 1860 zur Entscheidung wegen etwaiger Streitigkeiten sich einem Schiedsgericht unterworfen, ohne sich jedoch zu verpflichten, den Ausspruch des Schiedsrichters ohne Widerrede gelten zu lassen.

Gegen den Schiedsspruch hat der Kläger die Nichtigkeitsklage aus § 172. I. 2. der Allgem. Gerichts-Ordnung und die Provokation auf richterliches Gehör (die Appellation) in der Art kumulirt, daß er prinzipaliter den Schiedsrichterspruch als nichtig angefochten, eventuell beantragt hat,

> in zweiter Instanz zu erkennen und unter Abänderung des Schiedsrichterspruches den Verklagten zu verurtheilen, während seiner Pachtzeit die den Pächtern obliegenden Pfarrbaukosten zu tragen.

Beide Anträge sind in den Vorinstanzen auseinandergehalten.

Die Nichtigkeitsklage ist durch die konformen Erkenntnisse der Vorderrichter zurückgewiesen, während bezüglich der Provokation auf richterliches Gehör der erste Richter sich zur Entscheidung in der Appellation für inkompetent erklärt hat.

Gegen das Appellations-Urtheil vom 4. Mai 1869 hat Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt. Für den Fall ihrer Verwerfung hat er von diesem Rechtsmittel auch gegen das Erkenntniß des ersten Richters, soweit er darin seine Inkompetenz ausspricht, Gebrauch gemacht.

Das Ober-Tribunal hat dahin erkannt: daß die gegen das Erkenntniß des Civilsenats des Appellationsgerichts zu

* Vergl. Bd. 8. S. 216., Bd. 23. S. 340., Bd. 24. S. 12., Bd. 42. S. 210., Bd. 70. S. 208., Bd. 73. S. 185. dieses Archivs.


Digitized by Google

Köslin vom 4. Mai 1869 eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen, dagegen das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Schlawe vom 16. Oktober 1868, soweit das Kreisgericht sich zur Entscheidung in der Appellation für inkompetent erklärt, zu vernichten, und die Sache an das genannte Kreisgericht zurückzuverweisen, um in der Appellation zu erkennen.

In den Gründen ist zuerst gesagt, daß, nachdem die Sache einmal in die mitgetheilte Lage gebracht sei, zunächst geprüft werden müsse, ob die Beschwerde gegen das Appellations-Urtheil begründet sei.

Diese Beschwerde ist aus hier nicht interessirenden Gründen verworfen; sodann heißt es weiter in den

Gründen:

Dagegen ist der eventuellen Beschwerde, in welcher das Kreisgericht zu Schlawe, soweit es in dem Urtheil vom 16. Oktober 1868 sich für inkompetent erklärt, auf die Provokation in der Appellation zu erkennen, eines Verstoßes nach Art. 3. No. 2. der Deklaration vom 6. April 1839 und der Verletzung der §§ 172—175. I. 2. der Allgem. Gerichts-Ordnung beschuldigt wird, der Erfolg nicht zu versagen.

Man braucht sich nur an den Wortlaut des § 175. a. a. O. zu halten und den Zusammenhang, in dem dieser Paragraph mit den vorhergehenden §§ 172—174. steht, zu beachten, um die Zweifel zu lösen, die in der Praxis bezüglich des § 175. entstanden sind und zu mehrfachen Entscheidungen des Ober-Tribunals Anlaß gegeben haben.

Es wird in den §§ 173. und 174. unterschieden, ob die Parteien in dem Kompromiß sich verpflichtet haben, das laudum ohne Widerrede gelten zu lassen, oder ob eine solche Verabredung in dem Kompromiß nicht getroffen ist.

In dem ersteren Falle kann das laudum nur in den Fällen des § 172. No. 1. und 2. als nichtig angefochten werden.

Digitized by Google

Die Nichtigkeitsklage ist unzweifelhaft bei dem ordentlichen Richter erster Instanz anzubringen, der, wenn er sie nach § 172. substanziirt und die Frist nach § 174. gewahrt findet, die Sache einleitet und darüber in erster Instanz erkennt.

Gegen sein Erkenntniß, mag dasselbe die Nichtigkeitsklage zurückweisen oder das laudum vernichten, und **dann in der Hauptsache anderweit** entscheiden, finden die gewöhnlichen Rechtsmittel statt, —

vergl. Striethorst's Archiv Bd. 24. S. 12—17., Bd. 70. S. 205—208., Entscheidungen Bd. 51. S. 364. u. 365.

In dem zweiten Falle, wo im Kompromiß die unbedingte Gültigkeit des Schiedsrichterspruchs nicht verabredet ist, steht der beeinträchtigten Partei die Provokation auf richterliches Gehör, die Appellation, offen. Auch diese geht nach § 174. an den ordentlichen Richter, worunter, wie aus § 175. erhellt, der Richter erster Instanz zu verstehen ist.

Der § 175. behandelt die beiden Rechtsmittel, durch welche das laudum angefochten werden kann, die Nichtigkeitsklage in den Fällen der §§ 172. und 173. und die Appellation (§ 174.).

Die Eingangsworte: „wenn die Provokation rechtlich begründet ist" beziehen sich nur auf die formelle Begründung, besagen also nach der Sprachweise der Allgem. Gerichts-Ordnung:

wenn die Provokation gehörig substanziirt, und die im § 174. vorgeschriebene zehntägige Frist gewahrt ist.

Dies bestätigen die Worte im Schlußsatze: „wenn der Anspruch nichtig befunden wird."

Die hervorgehobenen Eingangsworte sprechen von der Prüfung bei der Einleitung, die Schlußworte von der Beurtheilung bei der Definitiv-Entscheidung.

Ist das laudum im Falle des § 173. als **nichtig** aus § 172. angefochten, so erkennt der angerufene Richter, wie

Digitized by Google

oben bemerkt, in erster Instanz, mag er die Nichtigkeitsklage abweisen oder das laudum für nichtig erklären.

Ist mit Ausschluß des Falles des § 173. die Appellation gegen den Schiedsrichterspruch ergriffen, eine Nichtigkeit nicht gerügt, so erkennt der angerufene Richter in zweiter Instanz, der Schiedsspruch gilt als ein Urtheil erster Instanz.

Auch bei der Appellation steht der Partei jedoch frei, etwaige Nichtigkeitsgründe geltend zu machen. Nach Analogie der Vorschrift im § 11. I. 16. der Allgem. Gerichts-Ordnung, wonach, wenn ein noch nicht in Rechtskraft übergangenes Erkenntniß als nichtig angefochten wird, der Implorant sich dazu des ordentlichen Rechtsmittels bedienen muß, sind die bei dem laudum vorgefallenen Nichtigkeiten im Wege der Appellation zu rügen, sobald dies Rechtsmittel in Ermangelung der im § 173. I. 2. der Allg. Gerichts-Ordnung gedachten Abrede zuläßig ist.

In dem diesseitigen Erkenntnisse vom 16. März 1868 (Striethorst's Archiv Bd. 70. S. 206.) ist in dieser Hinsicht zutreffend ausgeführt:

„im gewöhnlichen Falle, d. h. mit Ausschluß des Falles des § 173. ist Provokant nicht auf die Nichtigkeitsgründe des § 173. a. a. O. beschränkt, diese sind auch nur im Wege der Appellation zum Austrag zu bringen.

Findet in solchem Falle der Richter eine Nichtigkeit vorhanden, so erklärt er den Ausspruch für nichtig und erkennt anderweit in erster Instanz, wogegen, wenn eine Nichtigkeit nicht vorliegt, das laudum also als Urtheil erster Instanz bestehen bleibt, der Richter in zweiter Instanz — bestätigend oder abändernd — entscheidet. Der angerufene und erkennende Richter ist nach dem klaren Wortlaut des die beiden Rechtsmittel — die Nichtigkeitsklage und die Appellation — behandelnden § 175. I. 2. der Allgem. Gerichts-Ordnung stets der ordentliche

Digitized by Google

Richter erster Instanz, nicht das Appellationsgericht des Bezirks, wie Koch in seinem Civilprozeß § 4. ohne Motivirung annimmt.

Hiermit stimmt auch die Rechtsprechung des Ober-Tribunals in den oben zitirten Entscheidungen überein. Daß die für Assekuranzstreitigkeiten im § 55. I. 30. der Allgem. Gerichts-Ordnung gegebene Spezialbestimmung hier keine Anwendung findet, ist bereits in dem diesseitigen Erkenntniß vom 16. März 1868 (Striethorst's Archiv Bd. 70. S. 207.) gezeigt worden.

Es enthält freilich die Vorschrift des § 175. I. 2. der Allgem. Gerichts-Ordnung darin etwas Ungewöhnliches, daß ein Gericht erster Instanz in gewissen Fällen in der Appellation erkennen soll, es werden aber dadurch die Weiterungen und Unzuträglichkeiten vermieden, welche nothwendig entstehen müßten, wollte man bei der Konkurrenz der Nichtigkeitsklage und der Appellation die erstere an das Gericht erster Instanz, die letztere an das Appellationsgericht verweisen.

Gerade der vorliegende Fall zeigt deutlich, wie praktisch zweckmäßig die Vorschrift des § 175. ist, und in welche abnorme Lage die Sache durch die entgegengesetzte Auffassung der Vorschrift gerathen ist.

Der erste Richter hätte die unter Kumulation der Nichtigkeitsklage und Appellation vor ihn gebrachte Provokation nicht als zwei besondere Rechtsmittel, sondern als Appellation behandeln, die angeblichen Nichtigkeitsgründe zwar in Betracht ziehen, wenn er aber eine Nichtigkeit nicht vorfand, mit freier Beurtheilung auf Bestätigung oder Abänderung des Schiedsrichterspruchs in der Appellation erkennen sollen. Der verletzten Partei stand dann die Nichtigkeitsbeschwerde, beziehungsweise die Revision offen, während das vom ersten Richter eingeschlagene Verfahren einen zweifachen Instanzenzug zur Folge gehabt hat.

Digitized by Google

Indem das Kreisgericht zu Schlawe solchergestalt zu Unrecht abgelehnt hat, auf die bei ihm in der gehörigen Frist angebrachte an sich zulässige Appellation gegen das laudum in zweiter Instanz materiell zu erkennen, hat es ein zulässiges Rechtsmittel zurückgewiesen und nach Art. 3. No. 2. der Deklaration vom 6. April 1839 verstoßen.

Seine Entscheidung unterliegt deshalb der Vernichtung, während die Sache selbst an dasselbe zurückzuweisen ist, um, abgesehen von dem nunmehr beseitigten Nichtigkeitsgrunde, auf die als Appellation zu behandelnde Provokation in der Appellation zu erkennen.

No. 8. – I. Senat. Sitzung v. 18. Febr. 1870.

Schröder ·/· Schulte. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Arnsberg.

Erbrecht der außerehelichen Kinder, nach Gemeinem Recht.

Nach Gemeinem Recht haben uneheliche Kinder ein Intestaterbrecht auf ein Sechstheil des Nachlasses des ohne Hinterlassung einer Ehefrau und ehelicher Descendenz verstorbenen natürlichen Vaters auch in dem Falle nicht, wenn der Erblasser seine Vaterschaft ausdrücklich anerkannt hat.*

Nov. 18. cap. 2., Nov. 89. cap. 12. §§ 4. 5.

Der Kläger, welcher darauf angetragen hat, ihn an dem Nachlaß des verstorbenen Nikolaus Schulte gen. Aßhof zu einem Sechstheil für erbberechtigt zu erklären, indem er unter Beweis gestellt, daß er der von dem Erblasser mit

* Vergl. Bd. 3. S. 355., Bd. 15. S. 350., Bd. 26. S. 305., Bd. 70. S. 289. dieses Archivs.


Digitized by Google

der Margarethe Schröder außerehelich erzeugte Sohn sei, und derselbe diese seine Vaterschaft sowohl zum Kirchenbuch, als auch gerichtlich anerkannt habe, ist in beiden Instanzen, ohne daß über diese bestrittenen Behauptungen Beweis erhoben worden, mit seiner Klage abgewiesen worden, weil nach den Vorschriften des Gemeinen Rechts unehelichen Kindern kein Erbrecht in den Nachlaß ihres Vaters zustehe.

Nach dem Römischen Recht — so führt der Appellations-Richter aus — habe den in einem Konkubinate, einer damals gesetzlich erlaubten Verbindung, erzeugten Kindern allerdings unter gewissen Voraussetzungen ein Erbrecht in den Nachlaß ihres Vaters gebührt. Es erscheine aber ganz unstatthaft, das den Konkubinenkindern beigelegte Erbrecht, nach Aufhebung des Konkubinats, den unehelichen Kindern einzuräumen, zumal das Römische Recht den spuriis ein Erbrecht in den Nachlaß ihres Vaters geradezu abspreche. Das angebliche Anerkenntniß der Vaterschaft Seitens des unehelichen Vaters könne dem unehelichen Kinde ein gesetzlich nicht existirendes Erbrecht nicht verleihen, und es lasse sich nicht nachweisen, daß in einem solchen Falle ein allgemein verbreiteter Gerichtsgebrauch dem unehelichen Kinde ein Erbrecht in den väterlichen Nachlaß einräume.

Die vom Kläger ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

Der Implorant wirft dem Appellations-Richter vor, er verletze den Rechtsgrundsatz: -

> Nach der gemeinrechtlichen Praxis haben auch außerhalb des Konkubinats erzeugte uneheliche Kinder, die Nichtexistenz eines Ehegatten und ehelicher Kinder vorausgesetzt, ein gesetzliches Erbrecht auf den sechsten Theil in den Nachlaß ihres Vaters, insofern dessen Vaterschaft eine von ihm anerkannte ist;

Digitized by Google

ferner die Novelle 18. Kap. 5.; Nov. 89. Cap. 12. §§ 4. und 5.

Dieser Vorwurf erscheint nicht begründet. Nach § 4. des Publikationspatents für das Herzogthum Westphalen vom 21. Juni 1825 ist in der hier in Betracht kommenden Materie die Anwendung des Allgem. Landrechts völlig ausgeschlossen. Es kommt vielmehr ausschließlich das Gemeine Recht in Anwendung, so daß selbst in einem zweifelhaften Falle nicht derjenigen Meinung der Vorzug zu geben wäre, welche mit den Vorschriften des Allgem. Landrechts übereinstimmt oder derselben am nächsten kommt.* Daher ist eine Berufung auf die §§ 652. und 654. II. 2. des Allgem. Landrechts, als den Ausschlag gebend, unstatthaft, und die eventuelle Rüge einer Verletzung dieses § 654. unbegründet, — vergl. Urtheil vom 23. Oktober 1857 (Entscheidungen Bd. 37. S. 264.). Nach den Bestimmungen des Römischen Rechts in den gedachten Novellen ist nur dann, wenn Jemand in einem gesetzlich damals erlaubten Konkubinat mit einer Konkubine zusammenlebte, den mit ihr erzeugten und in seinem Hause erzogenen Kindern, beim Mangel ehelicher Deszendenz und einer Ehefrau, ein Intestat-Erbrecht zu einem Sechstel in den Nachlaß ihres Vaters eingeräumt, von welchem die Mutter einen Kopftheil erhalten soll. Hiernach konnten, außer solchen Konkubinenkindern, uneheliche Kinder auf dieses Erbrecht keinen Anspruch machen. Nachdem das Konkubinat gesetzlich durch Reichsgesetze verboten war, im erlaubten Konkubinat geborne Kinder also nicht mehr vorkommen, und uneheliche Kinder daher als Konkubinenkinder im Sinne jener gesetzlichen Bestimmung nicht mehr anerkannt werden konnten, so fiel die Anwendbarkeit jener Vergünstigung von selbst weg. Sie war nach der ausdrücklichen Vorschrift und Voraussetzung im § 4. Kap. 12. der Novelle 89.: sit autem

* Vergl. Bd. 72. S. 129. dieses Archivs.

Digitized by Google

ei donec vixerit, libera mulier in schemate concubinae sociata, et filii ex ea (talibus enim solummodo hoc sancimus, ubi omnino indubitatus est et concubinae in domo effectus et filiorum ibidem proles) nur für die damals erlaubte Verbindung im Konkubinat und die darin erzeugten Kinder gesetzlich angeordnet. Die Ausdehnung dieser Vergünstigung auf andere uneheliche Kinder steht daher, wie bereits in dem Urtheil vom 23. Oktober 1857 ausgeführt ist, mit dem Römischen Recht in offenbarem Widerspruch, und findet auch in den Satzungen des Kanonischen Rechts, welche sich auf dieses Erbrecht der unehelichen Kinder am Nachlasse des Erzeugers gar nicht beziehen, keinen Anhalt. Zu einer analogischen Anwendung ex ratione legis fehlt es an den nöthigen Erfordernissen, da weder die Humanitätsrücksichten, noch die Annahme einer Sicherheit der Vaterschaft, als der bewegende Grund der hier in Rede stehenden Einräumung des Erbrechts angesehen werden kann, da vielmehr das gesetzlich gestattete eheähnliche Konkubinatsverhältniß und die in diesem Verhältnisse erfolgte Erzeugung als der eigentliche Grund des Gesetzes zu betrachten ist. Daher darf man sich für die Annahme dieses Erbrechts, als noch gültige Bestimmung des Römischen Rechts, auf jene Bestimmung der Novellen nicht berufen. Ihr fehlt überhaupt die gesetzliche Grundlage. Allerdings hat nun dennoch die Praxis diesem Erbrecht eine Ausdehnung auf den Fall einer Erzeugung in dem faktisch bestandenen, wenn auch verbotenen Konkubinat, ferner auf den Fall der anerkannten Vaterschaft, und selbst auf den Fall der sonst nach den statthaften Ermittelungen und Voraussetzungen festgestellten Vaterschaft gegeben. Unter der einen oder andern Voraussetzung hat sich auch eine große Zahl besonders älterer Juristen für die Gültigkeit und Anwendbarkeit dieser Praxis und des darauf

Digitized by Google

gegründeten, den gedachten Novellen entsprechenden Erbrechts entschieden, —

vergl. Glück's Intestat-Erbfolge § 130.; Göschen, Civilrecht § 930.,

und auch die vom Imploranten für seine Ansicht in Bezug genommenen Rechtslehrer: Sintenis, Gemeines Civilrecht Th. III. § 165. Nr. 1.; Schirmer, Handbuch des Römischen Erbrechts § 12. und v. Keller, Pandekten § 467. haben, dieser Praxis gemäß, dieses Erbrecht, erstere beide für den Fall des Anerkenntnisses der Vaterschaft, letzterer für alle unehelichen Kinder, deren Vater nach moderner Art rechtlich ausgemittelt worden, als gemeinrechtlich begründet dargestellt. Gegen die gemeinrechtliche Gültigkeit dieses Erbrechts der unehelichen Kinder haben sich dagegen ebenfalls eine große Zahl von Rechtslehrern ausgesprochen, namentlich die schon im Urtheil vom 23. Oktober 1857 allegirten: Thibaut, Pandekten § 682.; Mühlenbruch, Pandekten Thl. III. § 632.; von Vangerow, Pandekten § 413. Note 1.; Mackeldey, Lehrbuch § 616. Note e; Schweppe, Römisches Privatrecht § 827.; Seuffert, praktisches Pandektenrecht § 441.; Holzschuher, Kasuistik Bd. 2. Abthl. 1. S. 499.; Gett, die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 261. und theoretisch-praktische Ausführungen über die rechtlichen Verhältnisse der außerehelichen Kinder S. 376.

Nach der obigen Ausführung steht die dem Erbrecht der unehelichen Kinder günstige Praxis, soweit sie in Ausübung gebracht ist, mit den Satzungen der Novellen überhaupt und namentlich auch in dem Falle der anerkannten Vaterschaft des außerehelich gebornen Kindes, in offenbarem Widerspruch, so daß sie auch auf eine Usual-Interpretation, wie der Implorant, unter Berufung auf v. Keller a. a. O., will, nicht gegründet werden kann. Außerdem wird aber von den gedachten, die Gültigkeit dieses Erbrechts bestreiten-

Digitized by Google

den Schriftstellern, namentlich auch von Holzschuher und Gett a. a. O. das Vorhandensein einer konstanten und allgemein verbreiteten Gerichtsobservanz ausdrücklich in Abrede gestellt.

Es entbehrt daher die Behauptung des Imploranten, daß der vorige Richter den aufgestellten Rechtsgrundsatz durch seine Annahme, wie sich nicht nachweisen lasse, daß in dem Falle des Anerkenntnisses der Vaterschaft ein allgemein verbreiteter Gerichtsgebrauch dem unehelichen Kinde ein Erbrecht in den väterlichen Nachlaß einräume, verletzt habe, ebensowohl der erforderlichen Begründung, als sich die behauptete Verletzung der gedachten Vorschriften der Novellen nach der vorstehenden Ausführung als verfehlt darstellt.

Nun will zwar die Nichtigkeitsbeschwerde den als verletzt bezeichneten Rechtsgrundsatz, wie solcher in der Ueberschrift der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 5. Dezember 1851 im Archiv für Rechtsfälle Bd. 3. S. 355. verzeichnet ist, als einen vom Ober-Tribunal anerkannten gemeinrechtlich anzuerkennenden Rechtsgrundsatz für ihre Ansicht in Anspruch nehmen, jedoch ohne Grund. Jene Entscheidung hatte, wie der in dem amtlichen Abdruck Entscheidungen Bd. 22. S. 99. vorangestellte Grundsatz dies deutlich ausspricht, nur den Zweck, darzuthun, daß die Vorschrift des § 654. II. 2. des Allgem. Landrechts, wonach nur solche uneheliche Kinder, die ein freiwilliges Anerkenntniß ihres Vaters nachzuweisen vermögen, sich eines gesetzlichen Erbrechts in dessen Nachlaß anmaaßen können, falls ihnen nicht ein solches durch ein bei Lebzeiten des Vaters ergangenes rechtskräftiges Erkenntniß ausdrücklich vorbehalten worden, in der Mark Brandenburg nicht suspendirt sei, was damals der Richter erster Instanz aus dem Grunde angenommen hatte, weil nach seiner Ansicht das Gemeine Recht zufolge der allegirten Vorschriften in den Novellen den unehelichen Kindern das Erbrecht auf den

Digitized by Google

Sextans auch ohne ein solches Anerkenntniß des Vaters oder einen rechtskräftig ausgesprochenen Vorbehalt einräume.

Wenn nun zur Widerlegung dieser Ansicht, außer der Hinweisung auf den § 7. des Publikations-Patents, auch angeführt worden ist, daß die gemeinrechtliche Praxis ein Erbrecht eines unehelichen Kindes in den Nachlaß des natürlichen Vaters nur dann angenommen habe, wenn der Vater gewiß war, ein Grundsatz, der auch in der Mark in Folge der Landes-Ordnung Johann Georgs von 1594 anerkannt sei, so hat man durch diese historische, für den Gegenstand des Streits ganz angemessene Erwägung in keiner Weise eine Entscheidung darüber treffen wollen und getroffen, daß die Praxis oder der Gerichtsgebrauch, nach welchem unter jener Voraussetzung den unehelichen Kindern ebenso wie den Konkubinenkindern das diesen nach dem Römischen Recht der Novellen eingeräumte Erbrecht zugesprochen worden, in Deutschland eine allgemeine Anerkennung und Verbreitung gefunden habe, und auch in gegenwärtiger Zeit als Norm der Entscheidung anzuwenden sei. Dagegen hat sich die Entscheidung vom 23. Oktober 1857 bereits gegen die allgemeine Verbreitung eines solchen Gerichtsgebrauchs, ebenfalls mit Rücksicht auf das Herzogthum Westphalen, und zwar allerdings nach der Lage des damaligen Falles, wo der Erblasser seine Vaterschaft nicht ausdrücklich anerkannt hatte, ausgesprochen. — Nach den mit der vorstehenden Ausführung wesentlich übereinstimmenden Gründen dieses Urtheils ist aber in keiner Weise die gedachte Praxis dann für eine berechtigte und allgemein gültige, wenn die Vaterschaft anerkannt war, erachtet worden. Die damalige Entscheidung mußte um so bedenklicher erscheinen, weil es sich um einen Fall handelte, wo ein Anerkenntniß der Vaterschaft nicht vorhanden war. Nach der vorstehenden Ausführung kann auch für die gegenwärtige Entscheidung schließlich nur wiederholt werden, daß es sich

Digitized by Google

hier noch jetzt um die Entscheidung einer gemeinrechtlichen Kontroverse handelt, welche nach beiden Seiten hin Vertheidiger gefunden hat, ohne daß also dabei von einer die Beurtheilung und Entscheidung bindenden deutschrechtlichen Norm oder allgemein anerkannten Gerichtspraxis die Rede sein kann.

Die Nichtigkeitsbeschwerde mußte hiernach als unbegründet zurückgewiesen werden.

No. 9. — IV. Senat. Sitzung v. 22. Febr. 1870.

Wonciechowski ·/· Wiese. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Bromberg.

Feste Zahlungszeit unter Vorbehalt einer früheren Kündigung im Wechsel.

a. Ist in einer sich als Wechsel bezeichnenden Urkunde vom Aussteller gesagt:

ich zahle zum 1. Oktober d. J. Sollte Remittent diese Summe schon früher gebrauchen, so geschieht die Zahlung nach vorgängiger achttägiger Kündigung,

so verliert die Urkunde nicht die Eigenschaft als Wechsel.

b. Hat der Aussteller eines eigenen Wechsels sich neben der Stipulirung eines Zahlungstages noch in unverbindlicher Weise eventuell einer für ihn ungünstigeren Verpflichtung in Bezug auf die Zahlungszeit unterworfen, so wird die Wechseleigenschaft hierdurch nicht entzogen.

Allgem. Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 4. No. 4.

Digitized by Google

Die vorstehenden Grundsätze sind vom Ober-Tribunal, unter Verwerfung der vom Verklagten ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde, angenommen — aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Daß die Worte der Urkunden vom 31. Mai 1869: „ich zahle zum 1. Oktober d. J.“ eine dem Erforderniß des Art. 4. Nr. 4. der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung entsprechende Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, enthalten, ist vom Verklagten nicht bestritten, auch zweifellos. Fraglich ist nur, ob dieser legalen Zeitbestimmung ungeachtet den beiden Urkunden die Wechselkraft dadurch entzogen ist, daß dieselben den zur Feststellung einer Zahlungszeit nach jenem Artikel der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung nicht geeigneten Zusatz enthalten:

Sollte Woyciechowski diese Summe schon früher gebrauchen, so geschieht die Zahlung nach vorgängiger achttägiger Kündigung.

Diese Frage ist mit Recht von den Vorderrichtern verneint worden.

Das Prinzip, daß eine die Essentialien eines Wechsels enthaltende Urkunde die Eigenschaft eines Wechsels nicht dadurch allein verliert, daß sich in derselben zugleich solche Bestimmungen befinden, welche wechselmäßige Verpflichtungen nicht erzeugen können, ist zunächst zur Geltung gekommen durch den Art. 1. Nr. 4. des Gesetzes vom 27. Mai 1863,*) welcher bestimmt, daß das in einem Wechsel enthaltene Zinsversprechen für nicht geschrieben erachtet werden solle. Von demselben Grundsatze geleitet hat auch das Ober-Tribunal in dem Bd. 27. S. 310. des Striethorst'schen Archivs abgedruckten Erkenntniß vom 27. Juni 1857

* Jetzt Nürnberger Novelle zur Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung No. 4.; Bundesgesetzblatt für 1869 S. 403.

Digitized by Google

ausgeführt, daß eine in einem Wechsel enthaltene Bürgschafts-Uebernahme der Ausstellerin der Wechselkraft keinen Abbruch thue, da „dergleichen Erklärungen des Wechselschuldners die Verfolgung der unabhängig von derselben durch das Dokument begründeten Wechselverbindlichkeit rechtlich nicht ausschlössen.

Von diesem Prinzip ausgegangen würde dem erwähnten Zusatze eine die Wechselkraft der Urkunden aufhebende Wirkung nur in dem Falle beigelegt werden können, wenn durch denselben die Bestimmung, nach welcher die Zahlung am 1. Oktober 1869 erfolgen sollte, an Bestimmtheit verlöre. Diese Bestimmung bleibt aber von dem Zusatze ganz unberührt; der Verklagte hat sich nur **neben** der legalen Stipulirung eines Zahlungstages noch in unverbindlicher Weise eventuell einer für ihn ungünstigeren Verpflichtung in Bezug auf die Zahlungszeit unterworfen. Hierdurch wurde die Bestimmtheit jener, der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung entsprechenden Zahlungszeit in keiner Weise beeinträchtigt.

Es kann auch ein Bedenken gegen die Richtigkeit der Ansicht des Appellations-Richters nicht aus den Worten des Art. 4. No. 4.: die Zahlungszeit kann nur festgesetzt werden rc., hergenommen werden. Dieselben sind nur dahin aufzufassen, daß eine andere Art der Zeitbestimmung als die dort speziell bezeichneten für eine wechselmäßige nicht zu erachten sei; auf die hier vorliegende Frage: welchen Einfluß es auf die Wechselkraft einer Urkunde habe, wenn sich neben einer den Vorschriften der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung entsprechenden Zeitbestimmung auch eine vorschriftswidrige Zahlungszeit befinde, haben sie keinen Bezug.

Hiernach hat die Richtigkeitsbeschwerde erfolglos bleiben müssen.

Digitized by Google

No. 10. – II. Senat. Sitzung v. 24. Febr. 1870.

Poll ./. Poetter. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Dortmund.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Oeffentlicher Weg als Eigenthum der Gemeinde; Gebrauchsrecht des einzelnen Gemeindemitgliedes und Klagerecht desselben bei Störungen in der Ausübung.

a. Ein öffentlicher Weg, welcher das Eigenthum einer Gemeinde ist, bildet auch einen Theil des Gesellschaftsvermögens, an welchem die Nutzungen für die einzelnen Mitglieder bestimmt sind.

b. Das von jedem einzelnen Mitgliede der Gemeinde ausgeübte Recht zur Benutzung des Weges ist als besonderes des einzelnen Mitgliedes anzusehen.

c. Auch einzelne Gemeindemitglieder können für sich allein jeden Dritten, welcher sie in der Ausübung dieses Rechts stört, dieserhalb in rechtlichen Anspruch nehmen.

A. L. R. I. **17**. §§ 4. 50., II. **8**. § 72., **15**. §§ 1. ff.

Der Appellations-Richter hat das erste Erkenntniß, durch welches der Kläger mit seinem Antrage,

1. den Bau des Verklagten, soweit er an der Stelle b. n. x. der Handzeichnung geführt wird, zu inhibiren und ihm unter dem gesetzlichen Präjudiz die Sistirung des Baues aufzugeben,
2. sodann den Verklagten zur Bebauung des Weges an der Stelle b. n. x. nicht für befugt, vielmehr für schuldig zu achten, den Bau, soweit er auf dem Wege aufgeführt wird, zu beseitigen und den frühern Zustand des Weges wiederherzustellen,

Digitized by Google

abgewiesen worden, — bestätigt, indem er den in Rede stehenden Kommunalweg deshalb, weil er zugleich ein öffentlicher Weg, als zum Korporationsvermögen der Stadtgemeinde Dortmund gehörig, angesehen und ferner angenommen hat, daß auf die Benutzung eines öffentlichen Weges die Mitglieder der Gemeinde kein größeres Recht, als Jedermann hätten, und die Gemeindemitgliedschaft ihnen kein zu ihrem Vermögen gehöriges Theilnahmerecht an dem Korporationsvermögen der Gemeinde gebe, welches sie für sich allein in ihrem eigenen oder in dem Interesse der Korporation im Rechtswege verfolgen könnten, weil das Korporationsvermögen nicht gemeinschaftliches Eigenthum der Gemeindemitglieder sei.

Die hiergegen vom Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde rügt, daß der Appellations-Richter durch diese seine Ausführung die Natur und den wesentlichen Charakter eines Kommunalweges und des Korporationsvermögens verkannt, und gegen den § 72. II. 6., die §§ 4. 10. 50. I. 17. des Allgem. Landrechts, gegen das Präjudiz No. 1871. vom 23. Januar 1841 und 29. Mai 1847, sowie gegen das Erkenntniß vom 28. September 1863 rechtsgrundsätzlich verstoßen habe, da der fragliche Kommunalweg zu dem Gesellschaftsvermögen der Stadtkommune gehöre, dessen Nutzungen zum Gebrauche der einzelnen Mitglieder der Kommune bestimmt seien.

Das Ober-Tribunal hat dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Civilsenats des Appellationsgerichts zu Hamm vom 10. Dezember 1869 zu vernichten, in der Sache selbst aber noch nicht definitiv zu erkennen, vielmehr auf die Appellation des Klägers, unter Verwerfung des dem Kläger entgegengestellten Einwandes der mangelnden Aktivlegitimation und unter Aufhebung des Erkenntnisses des Kreisgerichts zu Dortmund vom 8. Oktober 1869, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückzuweisen.

Digitized by Google

Gründe:

Ein Kommunalweg, d. h. dem Wortsinne nach ein Gemeindeweg, ein gemeinschaftlicher Weg der Gemeinde innerhalb des Gemeindebezirks — § 37. zu 1. II. 7. des Allg. Landrechts — ist, im Gegensatze zu einem im Privateigenthume befindlichen Wege, welcher von dem Eigenthümer Dritten verschlossen werden darf, insoweit stets zugleich auch ein öffentlicher Weg, als dessen Benutzung eben allen Mitgliedern der Gemeinde offen steht.* Das Allgem. Landrecht kennt in Beziehung auf die rechtliche Qualifikation der Wege die Bezeichnung „öffentlich" als eine unterscheidende, technische, überhaupt nicht. Dieselbe würde, dem Begriffe nach, allenfalls auf die zu den Regalien des Staats gehörigen Land- und Heerstraßen passen, als welche der § 1. II. 15. des Allgem. Landrechts diejenigen Wege bezeichnet, welche von einer Grenze des Landes zu einer andern, oder von einer Stadt, von einem Post- oder Zollamte entweder zu einem andern oder zu Meeren und Hauptströmen führen. Daß indeß das eine oder das andere dieser Kriterien dem hier in Rede stehenden Kummunalwege beiwohne, hat der Appellations-Richter in keiner Weise festgestellt.

Wenn dieser Kommunalweg daher nach Obigem zur Benutzung der Gemeinde und aller ihrer Mitglieder bestimmt ist, so gehört derselbe nicht zum Kämmereivermögen, im Sinne der §§ 139. 140. II. 8. des Allg. Landrechts und des § 1. der Deklaration vom 26. Juli 1847 (Gesetz-Sammlung S. 327.) beziehungsweise, wie der Appellations-Richter sich ausdrückt, zum Korporationsvermögen, im Gegensatze zum gemeinschaftlichen Vermögen der Gemeindeglieder, vielmehr recht eigentlich zu demjenigen gemeinschaftlichen Vermögen der Bürgergemeinde, dem Bürgervermögen, im Sinne der §§ 159. 160. a. a. O. und des § 1. der bezogenen

* Vergl. Bd. 74. S. 16. dieses Archivs.

Digitized by Google

Deklaration, dessen Nutzungen den einzelnen Mitgliedern der Gemeinde zukommen.

Schon in den Gründen des zu § 4. I. 17. des Allg. Landrechts eingetragenen Präjudizes Nr. 1871 des II. Senates vom 29. Mai 1847 (Rechtsfälle Bd. 1. S. 159.) ist, unter Heranziehung des § 72. II. 8. des Allg. Landrechts ausgeführt:

> Wenn ein öffentlicher Weg das Eigenthum einer Gemeinde sei, so bilde er auch einen Theil des Gesellschaftsvermögens, an welchem die Nutzungen für die einzelnen Mitglieder bestimmt seien; denn er sei zum Gebrauche **aller** Mitglieder bestimmt. Jedes einzelne Mitglied der Gemeinde übe das Recht zur Benutzung des Weges, wenngleich als solches, doch unabhängig von den Uebrigen aus, und dieses Recht sei nach den §§ 4. 50. I. 17. des Allgem. Landrechts als **besonderes** Recht des einen Mitgliedes anzusehen, woraus folge, daß auch einzelne Mitglieder der Gemeinde für sich allein jeden Dritten, welcher sie in der Ausübung dieses Rechts störe, dieserhalb in rechtlichen Anspruch nehmen können.

Die Voraussetzungen dieses Präjudizes passen genau auf den vorliegenden Fall. Es ist auch durch den § 3. der Deklaration, welcher bestimmt:

> Die Bestimmungen des § 72. II. 6. und des § 160. II. 8. des Allgem. Landrechts, daß das Gemeindegliedervermögen nach den Regeln des gemeinsamen Eigenthums beurtheilt werden soll, sind nur von der Verwaltung jenes Vermögens zu verstehen,

die Anwendbarkeit jenes Präjudizes auf den vorliegenden Fall in keiner Weise beseitigt, im Gegentheile bestätigt.

Nach alledem hat der Appellations-Richter, wenn er den Kläger zur Sache deshalb nicht für legitimirt erachtet, weil

Digitized by Google

der fragliche Kummunalweg als ein zugleich öffentlicher Weg zum städtischen Korporationsvermögen, nicht aber zum gemeinschaftlichen Vermögen der Gemeindeglieder gehöre, dadurch allerdings die Natur und den wesentlichen Charakter sowohl eines Kommunalwegs, als des Korporationsvermögens verkannt — Instruktion vom 7. April 1839 zu 9. — und sich zugleich des gerügten rechtsgrundsätzlichen Verstoßes schuldig gemacht. Seine Entscheidung unterliegt daher schon deshalb, und ohne daß es auf Prüfung des außerdem erhobenen Angriffs ankommt, der Vernichtung nach § 4. zu 1. der Verordnung vom 14. Dezember 1833.

Zwar führt der Appellations-Richter noch an, daß auch aus den §§ 92—94. I. 7. des Allgem. Landrechts, wonach einzelne Gemeindeglieder durch ihre Handlungen in gewissem Umfange das Korporationsvermögen gegen unberechtigte Angriffe zu schützen im Stande seien, die von dem Kläger beanspruchte Verfolgung der Rechte der Gemeinde im Wege der Klage nicht herzuleiten sei. Allein dieser Grund beruht gleichfalls auf der Annahme, daß es sich hier um einen zum Korporationsvermögen, im Gegensatze zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörigen öffentlichen Weg handle, wird also durch die obige Ausführung zugleich mitbetroffen.

Den Umstand endlich, ob die Beeinträchtigung in dem Besitze und der Benutzung eines Grundstücks durch die Beeinträchtigung eines öffentlichen Weges, den Eigenthümer des Grundstücks zur Klage berechtige, hat der Appellations-Richter selbst dahin gestellt gelassen, darauf also seine Entscheidung nicht gegründet. Er geht übrigens auch hierbei von der obigen, bereits widerlegten Annahme aus.

Was demnächst die freie Beurtheilung betrifft, so hat der Verklagte in erster Instanz sich darauf beschränkt, den ganzen Inhalt der Klage — also auch die behaupteten beiderseitigen Besitzverhältnisse und die Aufführung des Baues selbst — zu bestreiten, und ist in zweiter Instanz

Digitized by Google

in dem Termine zur Beantwortung der neue Thatsachen allerdings nicht enthaltenden Appellations-Rechtfertigung und zur mündlichen Verhandlung gar nicht erschienen. Wenn daher die Richter beider Instanzen, ohne auf die Sache selbst einzugehen, dem Kläger präjudiziell nur den Mangel der Aktivlegitimation entgegengestellt haben, so muß nach Beseitigung dieses Grundes die Sache nach § 17. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen werden.

No. 11. – IV. Senat. Sitzung v. 24. Febr. 1870.

Wehberg ·|· Wehberg. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreisgerichts-Deputation in Schwelm.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Eintritt des zahlenden Dritten in die Rechte des bezahlten Gläubigers; Einwendungen des Schuldners.

a. Der Zahlende, welcher nach § 46. I. 16. des Allgem. Landrechts ohne ausdrückliche Cession in die Rechte des bezahlten Gläubigers tritt, kann dieselben nur in dem Umfange, wie sie dem Gläubiger zustanden, ausüben.

b. Der Schuldner kann sich aller Einwendungen, welche ihm gegen den Gläubiger zur Seite standen, namentlich auch des Einwandes der Verjährung, gegen den Zahlungsleister bedienen.

A. L. R. I. **16**. §§ 45. 46.

Dem Anspruch des Klägers, welcher die vorbedungenen Zinsen eines Kapitals von 2400 Rthlrn. vom 1. November

Digitized by Google

1852 bis 1856 an die Darleiherin, die Sparkasse zu Hagen, für den Verklagten bezahlt haben wollte, hat der Verklagte den Einwand der vierjährigen Verjährung nach § 2. No. 5. des Gesetzes vom 31. März 1838 entgegengesetzt. Der Appellations-Richter hat denselben verworfen und den Verklagten verurtheilt, weil Klägers Anspruch aus der nützlichen Verwendung herrühre. Der verklagte Implorant ist der Meinung, daß der Appellations-Richter dadurch den § 2. No. 5. a. a. O. durch Nichtanwendung verletzt habe.

Das Ober-Tribunal hat das Erkenntniß zweiter Instanz vernichtet, und unter Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz den Kläger abgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Der Kläger hat eine Geldschuld bezahlt, deren Schuldner der Verklagte sein soll. Er will aus dieser Zahlung Rechte gegen den Schuldner erworben haben. In dieser Beziehung verordnet § 45. I. 16. des Allg. Landrechts, daß, je nachdem der Zahlende die Zahlung mit oder ohne Auftrag oder wider den Willen des Schuldners geleistet, seine Rechte gegen den letzteren nach den Vorschriften des ersten und zweiten Abschnitts des 13. Titels zu beurtheilen seien. Diese Abschnitte handeln von dem Vollmachtsauftrage und von der Geschäftsführung ohne Auftrag. Daß Kläger nicht im Auftrage des Verklagten bezahlt hat, ist außer Streit. Daß er als negotiorum gestor die Zahlung geleistet hat, hat Kläger selbst nicht behauptet, auch hat der Appellations-Richter selbst richtig ausgeführt, daß nach den vorwaltenden Umständen eine negotiorum gestio nicht angenommen werden könne. Liegen die Voraussetzungen zu dieser actio contraria ex mandato oder der negotiorum gestio nicht vor, so giebt dennoch die landrechtliche Gesetzgebung dem Zahlenden ein Recht gegen den Schuldner, insofern der § 46. I. 16. des Allg. Landrechts bestimmt, daß dann noch immerhin

Digitized by Google

derselbe aus dem Rechte des bezahlten Gläubigers, in welches er eintritt, als Cessionar also, einen Anspruch gegen den Schuldner geltend machen kann. Insofern wird von dem Grundsatze der §§ 228. 229. 234. I. 13. des Allgem. Landrechts, nach welchem sich Niemand ohne Einwilligung des Dritten in dessen Angelegenheiten einmischen soll, gleichsam eine Ausnahme gemacht. Das Gesetz, der § 46. a. a. O. unterstellt den Uebergang der Rechte des bezahlten Gläubigers aus der bestehenden Obligation auf den Zahlenden. Wenn nun aber hiernach die Rechte des Gläubigers geltend gemacht werden können, so folgt daraus zugleich, daß sie nur in dem Umfange, wie sie dem Gläubiger zustehen, ausgeübt werden können, daß mithin der Schuldner sich aller Einwendungen, welche ihm gegen den Gläubiger zur Seite stehen, gegen den Klagenden bedienen darf. Es ist zwar auch wohl behauptet, daß der Zahlende außer den im Abschnitt 1. und 2. des 13. Titels I. Theils des Allgem. Landrechts behandelten Rechtsverhältnissen sich auf die im 3. Abschnitt daselbst verhandelte nützliche Verwendung berufen könne, und dieser Meinung scheint auch der Appellations-Richter zu sein. Es wird die Zulässigkeit dieser Rechtssätze hergeleitet aus der allgemeinen Bestimmung des § 230. I. 13. des Allg. Landrechts, daß Niemand mit dem Schaden des Anderen sich bereichern dürfe. Soll indessen, der an sich klaren und mit den Vorschriften des Gemeinen Rechts übereinstimmenden Bestimmung des § 45. I. 16. des Allg. Landrechts entgegen, ein Berufen auf eine nützliche Verwendung neben der Bestimmung des § 46. a. a. O., die an sich den Zahlenden genügend schützt, zulässig erachtet werden können, so würde dies dann aber nur insofern zu rechfertigen sein, als bei Erhebung der Klage ein ungerechtfertigter Vortheil im Vermögen des Schuldners, den dieser zum Schaden des Zahlenden behalten, sich mithin in dieser Weise bereichern würde,

Digitized by Google

behauptet und nachgewiesen werden könnte. Eine solche Behauptung ist aber nicht aufgestellt worden. Es hätte deshalb dem von dem Verklagten erhobenen Einwande der Verjährung Beachtung geschenkt werden müssen. Diese Verjährung war, da seit Ende 1852 und resp. 1856 bis zu Anfang April 1868, dem Zeitpunkte der Klageanstellung, die vierjährige Frist längst verlaufen war, vollendet. Indem der Appellations-Richter daher die im § 2. No. 5. des Gesetzes vom 31. März 1838 vorgesehene Verjährung außer Anwendung gelassen, hat er diese gesetzliche Vorschrift verletzt. Seine Entscheidung muß somit der Vernichtung unterliegen.

In der Sache selbst kann, da durch den Ablauf der Verjährung das Recht, vom Verklagten die von ihm nicht bezahlten Zinsen einzufordern, erloschen ist, der vom Kläger geltend gemachte Anspruch nicht begründet erscheinen, derselbe muß mithin abgewiesen werden.

No. 12. — I. Senat. Sitzung v. 28. Febr. 1870.

Stettin -|- Grabow. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Stettin.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Feststellung des Zeitpunktes der Verarmung nach Art. 1. des Gesetzes vom 21. Mai 1855.

a. Zur Anwendung des Art. 1. des Ergänzungsgesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege und der Aufnahme neu anziehender Personen vom 21. Mai 1855 kommt es nicht lediglich auf die Gewährung einer öffentlichen Unterstützung* an, vielmehr

* Wegen der Privatunterstützung vergl. Bd. 70. S. 67. dieses Archivs.

Digitized by Google

wesentlich nur, ein äußerlich erkennbares deutliches Merkmal des Bedürfnisses der öffentlichen Unterstützung festzustellen.

b. Als ein solches Merkmal ist das ausdrücklich ausgesprochene Anerkenntniß der kompetenten Behörde und die Anordnung der Fürsorge zu betrachten, und kommt es in einem solchen Falle nicht wesentlich darauf an, wenn aus irgend einem Zufall oder einem Versehen die wirkliche Gewährung unterblieben oder erst später erfolgt sein sollte.*

Gesetz (No. 4224.) vom 21. Mai 1855 (Gesetz-Sammlung S. 812.).

Die Armen-Direktion der Stadt Stettin nahm den Armenverband der Stadt Grabow wegen der Verpflegung der Hulda Fahrenwald in Anspruch, wurde jedoch in zweiter Instanz abgewiesen.

Die von der Klägerin ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

Der Appellations-Richter erklärt die vom ersten Richter erkannte Abweisung der Klägerin aus einem doppelten Grunde für gerechtfertigt. Erstlich, weil der Vater der späterhin der öffentlichen Armenpflege anheimgefallenen Hulda Fahrenwald bei seinem Tode am 3. Mai 1864 in Grabow ein Armendomizil durch einjährigen Wohnsitz noch nicht erworben hatte, die Fortsetzung des Wohnsitzes durch die Kinder aber nicht in Betracht komme, und zweitens, weil auch bei dem Eintritt der Hülfsbedürftigkeit der Hulda Fahrenwald seit der Niederlassung ihres Vaters am 1. Dezember 1863 noch nicht ein Jahr verstrichen gewesen sei.

* Vergl. Bd. 63. S. 219. dieses Archivs.

Digitized by Google

Die Richtigkeitsbeschwerde kann nur Erfolg haben, sobald diese beiden selbstständigen Entscheidungsgründe beseitigt werden.

Die Angriffe der Implorantin richten sich auch gegen beide; sie sind indeß mindestens bezüglich des zweiten verfehlt.

Der Appellations-Richter stellt auf Grund der Beweisaufnahme fest, daß durch die Verfügung des Magistrats zu Grabow vom 15. November 1864 — also vor Ablauf eines Jahres seit der Niederlassung des Fahrenwald den 1. Dezember 1863 — die von dem Vormunde der Fahrenwald'schen Kinder wegen ihrer Hülfsbedürftigkeit beantragte Unterstützung bewilligt worden; er findet hierin ein Anerkenntniß der Nothwendigkeit der öffentlichen Fürsorge und erklärt die darauf am 25. desselben Monats verfügte Inhibirung der Zahlung jener Unterstützung für unerheblich, weil der Grund davon nicht in einer veränderten Ansicht der Behörde über die Hülfsbedürftigkeit der Kinder, sondern in einer Differenz über die Unterstützungs**pflicht** zu suchen sei.

Die Unterstützung selbst scheint dann wirklich erst nach Ablauf eines Jahres im Februar 1865 gewährt worden zu sein.

Allerdings hat nun das Ober-Tribunal in dem vom vorigen Richter und jetzt von der Implorantin in Bezug genommenen Erkenntnisse vom 8. Juni 1866 —

Striethorst, Archiv Bd. 63. S. 210. —

übrigens auch in vielfachen anderen Fällen vor und nach jener Entscheidung mit Rücksicht auf die Bestimmung in dem jetzt als verletzt bezeichneten Art. 1. Alinea 2. des Ergänzungsgesetzes vom 21. Mai 1855 daran festgehalten, daß bei Entscheidung der Frage:

ob der Verarmte beim Eintritt der Hülfsbedürftigkeit in der Gemeinde seines Wohnsitzes durch einjährigen Wohnsitz ein Armendomizil erworben hat?

Digitized by Google

es maaßgebend sei, wenn die öffentliche Unterstützung als das äußerlich hervortretende, deutlich erkennbare Merkmal der Hülfsbedürftigkeit *wirklich gewährt* worden.

Allein es ist keineswegs in jenen Entscheidungen und noch weniger in dem Art. 1. a. a. O. bestimmt und unbedingt ausgesprochen, daß unter allen Umständen *immer nur* der Zeitpunkt der *wirklichen Gewährung* der Armen-Unterstützung entscheidend sein solle.

In dem Art. 1. heißt es:

Ergiebt sich vor dem Ablaufe des Jahres, daß sich der Neuanziehende bei einem solchen Zustande der Verarmung befindet, welcher die öffentliche Unterstützung nothwendig macht, so muß der zur Zeit dieses Ergebnisses zur Fürsorge für ihn verpflichtete Armenverband denselben übernehmen.

Es ist hier also von dem Zeitpunkt die Rede, wo sich die Nothwendigkeit der öffentlichen Fürsorge ergiebt.

Wenn nun mit Rücksicht auf diese Bestimmung in den früheren Entscheidungen zur Bestimmung jenes Zeitpunkts das entscheidende Gewicht darauf gelegt ist, wann die öffentliche Unterstützung wirklich gewährt worden, so ist damit nur der Ansicht entgegengetreten, daß es lediglich auf die in jedem Falle in verschiedener Weise sich äußernde *Bedürftigkeit* des Verarmten ankomme, und weil der Zustand der Verarmung so allmählig und für die äußere Wahrnehmung meist auch unmerkbar einzutreten pflege, so ist als ein *deutlich erkennbares* äußeres Merkmal das Anerkenntniß der Behörde durch Gewährung einer öffentlichen Unterstützung als der entscheidende Zeitpunkt angesehen.

Es ist dabei zwischen bestimmtem Anerkenntniß der Hülfsbedürftigkeit und Gewährung der Unterstützung durch die kompetente Behörde nicht besonders unterschieden; es lag in jenen Fällen zu solchem Unterschiede auch gar kein Bedürfniß vor. Vielmehr ist mit Rücksicht auf die Vorschrift im § 26.

Digitized by Google

des Armenpflegegesetzes vom 31. Dezember 1842, daß keine Gemeinde einen fremden Armen hülflos von sich weisen darf, ihm sofort die nöthige Fürsorge widmen soll, das Anerkenntniß der Hülfsbedürftigkeit und die Gewährung der Fürsorge als zusammenfallend betrachtet.

Daraus ergiebt sich dann aber, daß bei dem Fortfall dieser Voraussetzung auch der in jenen früheren Entscheidungen aufgestellte Satz keine Anwendung finden kann, daß nämlich der Zeitpunkt der Gewährung der öffentlichen Unterstützung entscheidend sei.

Kommt es nach obiger Ausführung und den mit derselben in keinem Widerspruch stehenden frühern Entscheidungen vielmehr wesentlich nur darauf an, ein **äußerlich erkennbares** deutliches Merkmal des Bedürfnisses der öffentlichen Unterstützung festzustellen, so wird auch ganz unzweifelhaft als ein solches Merkmal das ausdrücklich ausgesprochene Anerkenntniß der kompetenten Behörde und die Anordnung der Fürsorge betrachtet werden müssen, und es wird in solchem Falle denn auch nicht wesentlich darauf ankommen, wenn aus irgend einem Zufall oder einem Versehen die wirkliche Gewährung unterblieben oder erst später erfolgt sein sollte.

Nach der nicht angefochtenen Feststellung des Appellations-Richters liegt dieser Fall hier gerade vor. Es ist das Bedürfniß der öffentlichen Fürsorge durch die Verfügung des Magistrats zu Grabow vom 15. November 1864 ganz bestimmt anerkannt, sogar die Zahlung von Unterstützungen aus der Armenkasse ausdrücklich angeordnet.

Ganz abgesehen davon, daß nicht konstirt, ob nicht die ersten Raten der festgestellten Pflegegelder wirklich gezahlt sind, hat die spätere Verfügung vom 25. desselben Monats zwar die Zahlung inhibirt, indeß keinesweges das Anerkenntniß der Hülfsbedürftigkeit widerrufen.

Digitized by Google

Ist somit durch die Verfügung vom 15. November 1864 die Nothwendigkeit der öffentlichen Fürsorge für die Fahrenwald'schen Kinder im Sinne des Art. 1. konstatirt und nicht wieder aufgehoben, so ist auch der auf Verletzung jenes Art. 1. gestützte Angriff verfehlt.

Es bleibt damit stehen, daß bei dem Eintritt dieser Hülfsbedürftigkeit der Kinder noch nicht ein volles Jahr seit der Niederlassung des Vaters verstrichen war, dieselben daher ein Armendomizil in der verklagten Gemeinde Grabow noch nicht erworben hatten, und folgerecht der zweite Entscheidungsgrund des Appellations-Richters die Abweisung der Klage aufrecht erhält, ohne daß es auf den an sich völlig begründeten Angriff wider den ersten oben angegebenen Entscheidungsgrund weiter ankommt.

Es erscheint indeß geboten, hier besonders hervorzuheben, daß die Ausführung des Appellations-Richters in keiner Weise geeignet ist, die in dem Erkenntnisse des höchsten Gerichtshofes vom 3. Juni 1864 —

Entscheidungen Bd. 53. S. 300.* —

entwickelte und seitdem stets festgehaltene wohlerwogene entgegengesetzte Ansicht zu widerlegen.

No. 13. — III. Senat. Sitzung v. 28. Febr. 1870.

Schauer ./. Bejach. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Bromberg.

Eigenthumserwerb durch Einverleibung in eine Heerde.

Ist das Eigenthum an Schafen einem Dritten zuständig, und werden dieselben von einem Andern in seine Heerde einverleibt, so geht das Eigenthum

* Vergl. Bd. 53. S. 288. dieses Archivs und ferner Bd. 55. S. 195.

Digitized by Google

durch die Einverleibung nur dann unter, wenn die Absonderung unmöglich ist, und der frühere Eigenthümer es nicht weiter geltend machen kann.

A. L. R. I. 8. §§ 36. 39., 9. §§ 298. ff.

Die Klägerin, Wittwe Schauer zu Sadtker Mühle, nahm das Eigenthum von Schafen, welche auf Antrag des Verklagten, Kaufmann Bejach, bei einer Exekutionsvollstreckung gegen Schauer abgepfändet waren, in Anspruch. In zweiter Instanz abgewiesen, ergriff Klägerin die Nichtigkeitsbeschwerde.

Dieselbe ist vom Ober-Tribunal verworfen, und interessirt hier aus den

Gründen:

Der Appellations-Richter stellt fest, daß ein Theil der mit Beschlag belegten Schafe nicht auf der Mühle zu Sadtker gezüchtet worden, vielmehr sich schon früher auf dem Grundstücke des Karl Schauer befunden und nach der Mühle gebracht worden, ohne daß Klägerin den Eigenthumserwerb davon dargethan. Diesen findet der Appellations-Richter auch nicht in der Einverleibung in die Heerde der Klägerin ohne Weiteres, weil, wie er feststellt, die Unmöglichkeit der Trennung und Aussonderung nicht erhelle, nicht einmal behauptet sei. Er beruft sich dabei auf die §§ 307. 315. 299. I. 9. des Allgem. Landrechts. Es ist nun unrichtig, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde behauptet, der Appellations-Richter gehe von einer Spezifikation aus. Die §§ 298. ff. I. 9. des Allgem. Landrechts sprechen nicht blos von einer Verarbeitung fremder Materialien, sondern auch von dem unmittelbaren Eigenthumserwerb durch Verbindung, Vermengung und Vermischung, und nur wenn die Absonderung nicht mehr erfolgen kann, treten die Konsequenzen der Paragraphen

Digitized by Google

ein, wonach möglicherweise das Eigenthum auf den Verbindenden, Vermengenden gelangen kann (§ 302.).

Das Allegat der §§ 307. 315. mag nun auch nicht richtig sein; obwohl die analoge Anwendung nicht ausgeschlossen ist; immer aber bleibt richtig, daß die Einverleibung in die Heerde der Klägerin ihr nicht ohne Weiteres Eigenthumsrechte gab, und namentlich nicht, wenn eine Absonderung statthaft ist. — Auch eine Verletzung der §§ 32. 36. 44. I. 2. des Allg. Landrechts liegt nicht vor. Der erste Paragraph erklärt nur, was ein Inbegriff von Sachen und Rechten sei. § 36. bestimmt, daß alle dem Inbegriffe zuwachsenden oder einverleibten Stücke an den Befugnissen und Lasten des Inbegriffes Theil nehmen; der § 39. a. a. O. beweiset aber, daß die Einverleibung allein die besonderen Rechte und Lasten der einverleibten Sache nicht aufhebe, so daß § 36. voraussetzt, es fänden solche nicht statt. — Ist also das Eigenthum der einverleibten Schafe einem Dritten zuständig, so geht es durch die Einverleibung nur unter, wenn die Absonderung **unmöglich** ist, und der frühere Eigenthümer es nicht weiter geltend machen kann. Der § 44. ist aber völlig irrelevant, abgesehen davon, daß nach den §§ 60. 108. a. a. O. die einseitige willkürliche Handlung der Klägerin einflußlos sein würde, da es sich von Pertinenzstücken der Heerde der Klägerin nicht handelt.

Digitized by Google

No. 14. — III. Senat. Sitzung v. 18. März 1870.

Haentsch ·/· Scholz. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Görlitz.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Glogau.

Ablösungsrenten und Kapitalien als Privatschulden.

Die für abgelöste Abgaben, Zehnten und Dienste festgesetzten Renten und Kapitalien stellen nicht eine dem Grundstück anhaftende, seinen Werth unmittelbar kürzende Last dar, sondern nur den kapitalisirten Kaufpreis für die Seitens des Berechtigten an den Verpflichteten veräußerte korrespondirende Gerechtsame, eine Privatgeldforderung mit einem derselben in Berücksichtigung des Entstehungsgrundes verliehenen Pfandtitel, welcher letztere den rechtlichen Charakter der Forderung selbst nicht verändert.

A. L. R. I. **11.** §§ 180. ff.; Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 § 147. (Gesetz-Sammlung S. 53.); Ablöse-Ordnung vom 7. Juni 1821 § 24. (Gesetz-Sammlung S. 77.)

Der Verklagte hatte an den Kläger ein Grundstück verkauft, auf welchem ein Ablösungskapital haftete, welches Kläger nicht ausdrücklich mit übernommen hatte. Kläger verlangte deshalb Gewährleistung vom Verklagten, und wurde Verklagter in zweiter Instanz verurtheilt.

Die vom Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

Wenn das in Frage stehende Ablösekapital die Rechtsnatur einer auf dem ertauschten Grundstücke haftenden Privatschuld hat, so muß unbedenklich mit dem Appellations-

Digitized by Google

Richter auf Grund des § 184. I. 11. des Allg. Landrechts angenommen werden, daß der Verklagte dieselbe dem Kläger zu vertreten verbunden ist. Es kann dann von der kurzen Verjährung, über welche der § 344. I. 5. des Allg. Landrechts sich verhält, nicht wohl die Rede sein.

Die Ansicht des Appellations-Richters über die rechtliche Qualität des Kapitals erscheint aber nicht begründet.

Nach dem in die Sachdarstellung aufgenommenen Vortrage des Klägers ist dieses Kapital an die Stelle der am 1. Januar 1827 abgelösten früher auf dem Grundstücke lastenden Handdienste, Geld- und Naturalzinsen getreten, und auf Grund des Rezesses eingetragen worden. Daß diese früheren Prästationen zu den Lasten und Privatdienstbarkeiten im Sinne des § 183. I. 11. des Allg. Landrechts gehören, ist außer Zweifel. Es fragt sich dagegen, ob die bei der Ablösung dafür gewährte Entschädigung aus demselben Gesichtspunkte zu beurtheilen ist. Es bestimmt der als verletzt bezeichnete § 24. der Ablöse-Ordnung vom 7. Juni 1821 (Gesetz-Sammlung S. 77.):

„Der Berechtigte kann verlangen, daß der Verpflichtete über das Ablösekapital oder Rente ihm mehrere Seitens des Berechtigten unkündbare Obligationen ausstellt, und in das Hypothekenbuch des belasteten Guts eintragen läßt."

Es verordnet ferner der gleichfalls als verletzt bezeichnete § 38. daselbst:

„Die für die abgelösten Abgaben, Zehnten und Dienste festgesetzten Renten oder Kapitalien genießen dasselbe Vorzugsrecht vor allen hypothekarischen Forderungen, welches den Abgaben und Leistungen zustand."

Aus der in dem § 24. bestimmten Unkündbarkeit, sowie aus der in dem § 38. ausgesprochenen Gewährung des Vorzugsrechts vor allen hypothekarischen Forderungen und dem darin erkennbaren Gegensatze zu den letztern hat freilich der Gesetzgeber eine gewisse Verschiedenheit der Ablösekapitalien

Digitized by Google

und der Hypothekenforderungen im engern Sinne gekennzeichnet.

Die hieraus sich anscheinend ergebende Unterstützung der Auffassung des Imploranten scheint eine noch größere Bedeutung zu gewinnen, wenn man behufs Interpretation die Bestimmungen der von demselben Tage mit der Ablöse-Ordnung datirenden Gemeinheitstheilungs-Ordnung heranzieht. In dieser lautet der § 147.:

„Die Entschädigung, die jeder Theilnehmer durch die Auseinandersetzung erhält, ist ein Surrogat der dafür abgetretenen Grundstücke oder dadurch abgelösten Berechtigungen, und erhält daher in Ansehung ihrer Befugnisse, Lasten und sonstigen Rechtsverhältnisse die Eigenschaften desjenigen Grundstücks, für welches sie gegeben worden.“

Dennoch kann dem Imploranten nicht zugestimmt werden. Die Schlußbestimmung des § 147. betrifft nur diejenigen Entschädigungen, welche speziell für abgetretene Grundstücke gewährt werden, und der Begriff von Surrogat in der ersten Hälfte des Satzes ist ein sehr allgemeiner, welcher noch keine Berechtigung giebt, in der für abgelöste Gerechtsame gewährten Entschädigung ein diesen Gerechtsamen schlechthin mit gleicher rechtlicher Bedeutung substituirtes Objekt zu finden. Auch jeder Kaufpreis ist ein Surrogat der verkauften Sache, und dennoch qualitativ von der letztern verschieden; pretium non succedit in locum rei.

Um vielmehr die Bedeutung der oben allegirten §§ 24. und 38. der Ablöse-Ordnung zu würdigen, mag auf ein für den Begriff von Lasten bezeichnendes Merkmal hingewiesen werden. Die §§ 180—183. I. 11. des Allgem. Landrechts geben keine Definition. Zum richtigen Verständnisse dienen hier die Bestimmungen der Hypotheken-Ordnung. Dort heißt es im § 47. Tit. I.:

„Unter der zweiten Hauptrubrik werden die auf einem

Digitized by Google

Grundstücke haftenden beständigen Lasten und Realverbindlichkeiten bemerkt."

Auch in den folgenden §§ 48. und 49. ist von den Lasten nur in Verbindung mit dem Epitheton: beständig die Rede. Das Unveränderliche — nicht zu verwechseln mit unabänderlich —, das Dauernde ist hiernach für eine Last im gesetzlichen Sinne für bezeichnend zu erachten.

Dieses Merkmal des Dauernden ist aber bezüglich der Ablösekapitalien nirgends in der Ablöse-Ordnung vom 7. Juni 1821, insbesondere auch nicht in den als verletzt bezeichneten §§ 24. und 38. ausgesprochen. Es ist namentlich nicht in der durch den § 24. vorgeschriebenen Unkündbarkeit der Obligationen zu finden. Denn diese nur die Zahlbarkeit betreffende Unkündbarkeit ist nur bezüglich des Berechtigten, nicht auch des Verpflichteten ausgesprochen. Der letztere kann nach seinem Gutbefinden das Kapital kündigen, und das ganze wechselseitige Verhältniß durch Zahlung lösen. Im Uebrigen gewähren die §§ 24. und 38. dem Berechtigten nur einen bezüglich der Priorität bevorzugten Hypothekentitel. Nach § 24. soll der Berechtigte die Eintragung verlangen können, und nach dem Schlußsatze des § 38. muß derselbe zur Erhaltung des Vorzugsrechts die Eintragung binnen Jahresfrist nach erfolgter Bestätigung des Rezesses nachsuchen.

Wie überhaupt das im Gesetze selbst gebrauchte Wort: Kapital begrifflich von Geldforderung untrennbar ist, so zeigen gerade die mehr erörterten Bestimmungen, daß es sich um keine dem Grundstücke anhaftende, seinen Werth unmittelbar kürzende Last handelt, sondern um den kapitalisirten Kaufpreis für die Seitens des Berechtigten an den Verpflichteten veräußerte korrespondirende Gerechtsame, um eine Privatgeldforderung mit einem derselben in Berücksichtigung des Entstehungsgrundes verliehenen gesetzlichen

Digitized by Google

Pfandtitel, welcher letztere — als ein nur accessorisches Recht gewährend — den rechtlichen Charakter der Forderung selbst nicht verändert.

Deshalb, und weil Kläger das streitige Kapital in dem Tauschvertrage nicht ausdrücklich übernommen, hat der Appellations-Richter mit Recht den § 184. I. 11. des Allgem. Landrechts zur Anwendung gebracht, und den Verklagten verurtheilt.

Derselbe hat mithin weder diese Bestimmung und den § 183. daselbst, noch die §§ 24. und 38. der Ablöse-Ordnung und die überhaupt nicht hierher gehörigen, auch nichts in der erörterten Frage bestimmenden §§ 52. 53. 63—66. des Gesetzes vom 2. März 1852, noch endlich den § 344. I. 5. des Allg. Landrechts verletzt. Die Nichtigkeitsbeschwerde mußte mithin zurückgewiesen werden.

No. 15. – III. Senat. Sitzung v. 21. März 1870.

Itzig ./. Timm. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Schubin.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Bromberg.

Vindikation und Klage auf Naturalübergabe Seitens des Adjudikatars.

Die Befugniß des Adjudikatars zur Vindikation schließt die Klage auf Erfüllung durch Naturalübergabe nicht aus.

A. L. R. I. **5.** § 270., **11.** §§ 76. 340. 842.; A. G. O. I. **52.** § 61.

Der Kläger hatte das den Verklagten gehörig gewesene Grundstück in der nothwendigen Subhastation theilungshalber erstanden.

Digitized by Google

Er verlangt die unter 16 Nummern aufgeführten Stücke an lebendem und todtem Inventar und Vorräthen, welche zur Zeit des publizirten Zuschlagsbescheides, den 23. Dezember 1867, auf dem Grundstück noch vorhanden gewesen, in der Zwischenzeit bis zur Uebergabe aber von den Verklagten entfernt sein sollen.

In zweiter Instanz abgewiesen ergriff Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde.

Das Ober-Tribunal hat dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Civilsenats des Appellationsgerichts zu Bromberg vom 22. September 1869, soweit es das Klagefundament des Vertrages verwirft, zu vernichten, in der Sache selbst noch nicht zu erkennen, vielmehr unter Aufhebung des Erkenntnisses des Kreisgerichts zu Schubin vom 26. Februar 1869 der Beweis über die dem erwähnten Klagefundamente zu Grunde liegenden Thatsachen und über die speziellen Einwendungen der Verklagten gegen die einzelnen Positionen des Anspruchs in erster Instanz zu erheben, und hiernächst anderweit zu erkennen.

Gründe:

Der Appellations-Richter läßt es dahin gestellt, ob dem Kläger die in Anspruch genommenen Gegenstände in Folge der Subhastation zustehen würden, er hält aber den Anspruch auf Nachgewährung mit der actio ex emto nicht für statthaft. Thatsächlich stellt er die Behauptung des Klägers dahin fest, daß die in Rede stehenden Gegenstände noch nach dem Tage der publizirten Adjudikatoria auf den subhastirten Grundstücken gewesen, d. h. den 23. Dezember 1867. Da nun nach der gesetzlichen Fiktion des § 342. I. 11. des Allg. Landrechts, des § 61. I. 52. der Allgem. Gerichts-Ordnung das Eigenthum ohne Natural-Tradition mit der Publikation der Adjudikatoria dem Adjudikatar zufalle und für juristisch tradirt zu erachten, so habe, führt der Appellations-Richter

Digitized by Google

aus, Kläger kein Recht auf Nachforderung aus dem Vertrage.

Es sei auch die bestrittene und nicht unter Beweis gestellte Behauptung, daß die Natural-Tradition von der Erlegung der Hälfte des Kaufgeldes abhängig gemacht sei, unerheblich. Der Vertrag sei durch die Publikation der Adjudikatoria nach der Fiktion des Gesetzes erfüllt, und gestatte diese keinen Gegenbeweis, wenn nicht eine bindende Abrede gemäß § 61. I. 52. der Allgem. Gerichts-Ordnung getroffen sei, wofür es an Beweis fehle. Was dem Kläger nach der Publikation entwendet sei, könne er vindiziren, gegen den Entwender resp. Besitzer, die Verkäufer hafteten dafür nicht ex contractu emti, sondern, sofern sie die unrechtmäßigen Besitzer seien.

Diese Ausführung ist allerdings nicht begründet. Es ist nicht zweifelhaft, daß die Verklagten, welche die Subhastation theilungshalber veranlaßten, dem Kläger aus dem Kaufvertrage haften. Es gelten auch hier die Grundsätze von Kaufgeschäften überhaupt, —

§ 340. I. 11. des Allgem. Landrechts.

Es handelt sich auch nach der Auffassung des Appellations-Richters nicht von der eigentlichen Gewährsklage, sondern der Erfüllungsklage ex emto. Kläger verlangt ihm mitverkaufte Gegenstände, die ihm nicht übergeben worden. Von einer Fiktion ist im § 342. I. 11. des Allgem. Landrechts gar keine Rede, vielmehr bestimmt das Gesetz nur, daß zur Erlangung des Eigenthums es der Natural-Tradition nicht bedürfe. Daraus folgt, daß mit der Publikation der Adjudikatoria der Adjudikatar zur Vindikation berechtigt ist, nicht aber bestimmt das Gesetz, daß zur Erfüllung des Vertrags die Publikation der Adjudikatoria allein ausreiche, der Zuschlag jene vertrete. Die Naturalübergabe gehört offenbar zu den Pflichten des Verkäufers, auch bei nothwendigen Verkäufen, sie muß voll-

Digitized by Google

ständig nach Inhalt des Vertrags geschehen, sei es gerichtlich oder außergerichtlich, —

§ 61. I. 52. der Allgem. Gerichts-Ordnung,

und der Adjudikatar hat ein vollkommenes Recht, diese Uebergabe zu verlangen. Die Befugniß zur Vindikation schließt die Klage auf **Erfüllung** durch **Naturalübergabe** nicht aus. Der Appellations-Richter verletzt den § 342. I. 11. des Allg. Landrechts, den § 61. I. 52. der Allg. Gerichts-Ordnung durch unrichtige, den § 270. I. 5., den § 76. I. 11. des Allg. Landrechts durch unterlassene Anwendung.

Es ist zwar richtig, daß nach § 342. I. 11. des Allg. Landrechts die Gefahr auf den Adjudikatar mit dem Tage der Publikation übergeht, und wenn nun auch die Sachen erst nach derselben entfremdet sein sollen, so würde sie ihn treffen; allein hieraus folgt nicht, wie die Imploraten meinen, die Verwerfung der Beschwerde, denn es handelt sich nicht von der eigentlichen Gewährleistungsklage, —

§ 213. I. 11. des Landrechts, —

sondern von der Klage auf Erfüllung, auf Uebergabe, und es kann von dem Uebergang der Gefahr nicht die Rede sein, wenn Verklagte, als Kontrahenten, die Gegenstände selbst in Besitz genommen und sogar von dem Grundstücke fortgeschafft haben, Kläger sie nicht übergeben erhalten hat. Der Kläger braucht also nicht nothwendig gegen die einzelnen Besitzer und Entfremder vindicando aufzutreten.

Das Appellations-Urtheil war daher zu vernichten.

In der Sache selbst faßt der erste Richter die Klage als eine Gewährsklage auf und hält solche nicht für begründet. Es handelt sich aber nicht von der Forderung für Gewähr, weil die in Anspruch genommenen Stücke dem Adjudikatar vindizirt, auch nicht vom Gewährsanspruch wegen fehlender Eigenschaften oder fehlender Quantität, sondern von dem

Digitized by Google

Anspruch auf Erfüllung durch Uebergabe eines Theils der gekauften Gegenstände, der ihm mitverkauften Pertinenzstücke. Es frägt sich daher, was hat der Kläger durch die Adjudikatoria erworben? Daß die Adjudikatoria ausdrücklich dem Kläger das Inventar und die Vorräthe zugeschlagen, behauptet Kläger nicht. Man muß aber an sich, wenn die Adjudikatoria das Gegentheil nicht besagt, allerdings annehmen, daß die zur Zeit des Lizitationstermins, womit der Vertrag perfekt wurde, vorhandenen Inventarstücke und Vorräthe auf den Adjudikatar übergingen, wenn nicht etwa die Kontrahenten davon ausgingen, daß sie nicht übergehen sollten, —

vergl. Erkenntniß vom 9. Mai 1855 (Striethorst's Archiv Bd. 42. S. 1.), Erkenntniß vom 10. Mai 1867 (Entscheidungen Bd. 58. S. 92. ff.), Präjudiz No. 535., Entscheidungen Bd. 33. S. 267. ff.

Zugestanden ist vom Kläger, daß Inventar und Vorräthe nicht taxirt sind. Er behauptet, daß der Subhastations-Richter mündlich erklärt, daß sie mit zum Verkauf gestellt würden, und Verklagte damit einverstanden gewesen, was Verklagte bestreiten. Es kann dies aber dahingestellt bleiben, und der diesfällige Beweis ist nicht zu erheben, da vielmehr der Ausschluß derselben bedungen sein mußte, was Verklagte nicht behaupten. Ihre Anführungen gehen dahin, daß die Grundstücke ohne Inventar abgeschätzt sind, und sie berufen sich auf das Präjudiz No. 583. vom 16. November 1838. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Präjudiz, welches bestimmt, daß bei nothwendiger Subhastation der Käufer für die Existenz der ausdrücklich als Gegenstand des Verkaufs angegebenen Rubriken nur deren Gewähr fordern kann, wenn sie mit veranschlagt worden, überhaupt auf den Anspruch wegen Inventars und Vorräthen, Pertinenzstücke paßt, ob unter Rubriken der Einnahme des Gutsertrages jene Gegenstände und Realitäten verstan-

Digitized by Google

den werden können, da es sich überhaupt von dem Anspruch aus § 213. I. 11. des Allg. Landrechts aus der Gewährleistung nicht handelt. Wäre dies der Fall, so würde Kläger nach § 213. a. a. O. abzuweisen sein, da er geständlich einige Inventarstücke und Vorräthe übergeben erhalten, er nicht besser gestellt sein kann, als wenn die Detaxation erfolgt wäre, und der § 213. a. a. O. ihm sonach entgegenstände. Die Behauptung des Klägers geht aber dahin, daß die unter 16 Nummern aufgeführten Stücke an lebendem und todtem Inventar und Vorräthe noch am 23. Dezember 1867 auf den subhastirten Grundstücken vorhanden gewesen seien, daß sie aber Verklagte bis zur Uebergabe entfremdet hätten.

Die Klage bezeichnet allerdings nicht klar den Rechtsgrund und läßt es unklar, ob blos auf Grund der unerlaubten Entfernung der Sachen geklagt werde, da das Petitum von „Zurückgewähr" spricht, es kommt aber nicht darauf an, wie der Kläger seinen Klageanspruch rechtlich aufgefaßt hat. Es genügt, daß er Ausantwortung der Gegenstände als sein Eigenthum fordert, d. h. Uebergabe, die nicht erfolgt sei, und dies ist in der Replik besonders betont, sowie er den Gewährsanspruch eben auf Grund des Vertrags stützt und besonders ausspricht, daß er nicht Gewährleistung nach § 213. a. a. O. fordere, sondern das Fundament des Anspruchs darin liege, daß die Gegenstände in Rede zur Zeit des Meistgebots wirklich auf dem Grundstücke vorhanden gewesen, und in der Appellations-Rechtfertigung hat der Kläger auch den Anspruch näher bezeichnet als das Verlangen der Gewähr und Herausgabe der ihm nicht übergebenen Stücke.

Unerheblich sind daher die Einwendungen der Verklagten aus § 213. a. a. O. und aus § 171. I. 11. des Allgem. Landrechts. Der Einwand, daß das Inventar und die Vorräthe zu dem Gute M. gehörten, wenn es auch auf K. sich

Digitized by Google

befunden, ist schon vom ersten Richter als nicht substanziirt und grundlos verworfen, mit Recht, weil sich die Gegenstände auf dem adjudizirten Grundstücke befunden, und auch M. den Verklagten gehört, sie also bei der Lizitation ausdrücklich den Ausschluß des Inventars und der Krescenz, die zu jenem Gute gehören sollten, vorbedingen mußten, was sie nicht behauptet. Gleichgültig ist auch, ob die Vormundschaftsbehörde ihre Genehmigung zu dem Verkauf von Inventarium und Vorräthen nicht ertheilt, vielmehr kömmt es, bei dem Mangel von Kontraktsbedingungen, nur darauf an, was bei dem Verkauf der Grundstücke in Pausch und Bogen gesetzlich als mitverkauft zu erachten ist, —

§§ 83. ff. I. 11. des Allgem. Landrechts.

Hiernach ist die Klage an sich rechtlich fundirt.

Es ist aber über die bestrittene Grundlage derselben und die speziellen Einwendungen der Verklagten Beweis nicht erhoben, und es muß daher die Sache in die erste Instanz zurückgewiesen werden.

No. 16. — II. Senat. Sitzung v. 5. April 1870.

Fiskus ./. Stettin. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Stettin.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Verpflichtung der Gemeinden zur Zahlung der Pensionen der für die örtliche Polizeiverwaltung bestellten Staatsbeamten; Pensionsbeiträge dieser Beamten.

a. Ist in Gemeinden die örtliche Polizeiverwaltung besondern Staatsbeamten übertragen, so sind die Pensionen der Polizeibeamten von den Gemeinden zu entrichten.

Digitized by Google

b. Hat die Staatskasse diesen Beamten von ihrem Gehalt Pensionsabzüge gemacht, so gebühren diese Pensionsbeiträge der Gemeinde, welche die Pension zu zahlen hat.

Pensions-Reglement vom 30. April 1825 § 21. No. 14.; Gesetz No. 3256. vom 11. März 1850 §§ 2. 3.

In Stettin ist die örtliche Polizeiverwaltung besondern Polizeibeamten übertragen. Der Fiskus, welcher mehreren dieser Beamten die Pension gezahlt hatte, verlangte klagend dieselbe von der Stadtgemeinde Stettin erstattet. Diese verband mit dem Abweisungsantrage die materielle Widerklage auf Herauszahlung der zur Staatskasse eingezogenen Pensionsbeiträge der Beamten.

In erster Instanz wurde die Verklagte auf die Klage, und der widerverklagte Fiskus auf die Widerklage verurtheilt. In zweiter Instanz wurde auf die Klage das erste Erkenntniß bestätigt, die Widerklage aber zurückgewiesen.

Auf die von der Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß die gegen das Erkenntniß des Civilsenats des Appellationsgerichts zu Stettin vom 20. März 1869 eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde in der Konvention zurückzuweisen, in der Rekonvention dagegen das gedachte Erkenntniß zu vernichten, in der Sache selbst auch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Stettin vom 16. Oktober 1868 auf die Appellation des Klägers und Widerverklagten lediglich zu bestätigen.

Gründe:

Der Appellations-Richter hat in der Konvention das die Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilende Erkenntniß erster Instanz bestätigt, dasselbe aber in der Rekonvention dahin geändert, daß die Verklagte mit ihrem Widerklage-

Digitized by Google

antrage abgewiesen worden. Gegen das Appellations-Urtheil hat die Verklagte die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben.

I. In der Konvention handelt es sich um die Erstattung von Pensionen, welche Klägerin an Polizeibeamte in Stettin, wo die örtliche Polizeiverwaltung vom Staate übernommen ist, gezahlt hat, resp. um die Uebernahme der ferneren Zahlung der Pension Seitens der Verklagten, und der Appellations-Richter führt aus: der § 1. des Gesetzes vom 11. März 1850 über die Polizeiverwaltung stelle als Regel auf, daß die örtliche Polizeiverwaltung von den Beamten der Gemeinde im Namen des Königs geführt werde, und der § 3. a. a. O. die fernere Regel, daß die Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung von den Gemeinden zu bestreiten seien. Von der ersten Regel mache § 2. die Ausnahme, daß in den näher bezeichneten Gemeinden die örtliche Polizeiverwaltung durch Beschluß des Ministers des Innern besonderen Staatsbeamten übertragen werden könne. Von der zweiten Regel statuire der § 3. die Ausnahme, daß die Gehälter der von der Staatsregierung im Falle der Anwendung des § 2. angestellten besonderen Beamten vom Staate zu zahlen seien.

Es sei also der Staatsregierung die ausnahmsweise Verpflichtung in keinem größeren Umfange auferlegt, als die Tragung der Gehälter der Beamten umfasse. Mithin seien, da Ausnahmebestimmungen strikte zu interpretiren, die Pensionen der inaktiv gewordenen besonderen Polizeibeamten nicht vom Staate zu zahlen. Unzweifelhaft sei, daß die Pensionen zu den Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung gehörten, welche an sich von der Gemeinde zu tragen seien. Denn die Gewährung einer Pension setze allerdings vorangegangene Leistungen voraus, welche aus gewissen, gesetzlich bestimmten Gründen aufgehört hatten.

Die Gegenleistung sei aber nicht blos das Gehalt, sondern, wenn nicht mehr geleistet werden könne, die Pension.

Digitized by Google

Beide aber, Gehalt und Pension seien Kosten, welche aus der Verwaltung entsprängen. Trage nun der Staat nach dem Obigen von den Polizeiverwaltungskosten nur die Gehälter, so folge daraus von selbst, daß die Gemeinden, welchen alle übrigen derartigen Kosten oblägen, die Pensionen zahlen müßten.

Aus dem Angeführten ergebe sich schon, daß die Begriffe „Gehalt“ und „Pension“ nicht zu identifiziren seien. Wenn daher die Verklagte Pension „Ruhegehalt“ nenne, und hieraus folgern wolle, daß der Staat dasselbe als eine spezielle Art Gehalt zahlen müßte, so bedürfte dies keiner weiteren Widerlegung. Auch der Einwand der Verklagten, daß der Grundsatz, wonach derjenige, welcher die Beamten anstelle und besolde, sie auch zu pensioniren, und die Pensionen zu zahlen habe, durch das Gesetz vom 11. März 1850 nicht geändert worden sei, und die Hinweisung auf das Pensions-Reglement vom 30. April 1825 sei hier nicht zutreffend.

Zwar setze das Pensions-Reglement auch die Bedingungen fest, unter welchen den Beamten ein Pensionsanspruch zugesprochen werden solle. Es regle das betreffende Rechtsverhältniß aber nur zwischen dem Staat und den unmittelbaren Staatsbeamten, und enthalte selbstverständlich keine Bestimmungen über die Frage, ob in einem Falle, wie der vorliegende, die den Polizeibeamten als Civilstaatsdienern nach dem Reglement gebührende Pension direkt vom Staate zu gewähren, oder von der betreffenden Gemeinde zu übertragen sei. Diese Frage könne nur aus dem Gesetze vom 11. März 1850, auf dem die eigentliche Stellung der in Rede stehenden Polizeibeamten beruhe, entschieden werden.

Der Appellations-Richter führt dann weiter aus, wie der Vorderrichter mit Recht angenommen habe, daß die Verklagte dem Kläger aus der nützlichen Verwendung zur Erstattung jener Polizeibeamten-Pensionen verbunden sei.

Wenn nun die Nichtigkeitsbeschwerde hiergegen Verletzung

Digitized by Google

der §§ 1—3. des Gesetzes vom 11. März 1850, der §§ 1. und 21. des Pensions-Reglements vom 30. April 1825 und der §§ 268. und 269. I. 13. des Allgem. Landrechts rügt, so beruht das auf den Voraussetzungen, daß die Pensionen der Polizeibeamten nicht zu den Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung im Sinne des § 3. des Gesetzes vom 11. März 1850 gehörten, daß, wenn sie dennoch dazu gerechnet würden, sie unter den Begriff der Gehälter im Sinne dieses Gesetzes fielen, und daß nach dem Pensions-Reglement dem Staate die Pflicht zur Zahlung der Pensionen an seine Beamten obliege, und er von dieser Pflicht durch keine Bestimmung des Gesetzes vom 11. März 1850 in Ansehung der Polizeibeamten befreit sei. Allein diese Voraussetzungen sind theils unrichtig, theils nicht zutreffend.

Zunächst kann es keinem Bedenken unterliegen, sowohl die Gehälter der mit der örtlichen Polizeiverwaltung betrauten Beamten, wie auch deren Pensionen, vorausgesetzt, daß ein Anspruch darauf erworben ist, zu den Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung zu rechnen, da beide durch diese Verwaltung veranlaßt werden.

Dennoch ist der Begriff „Gehalt" und „Pension", wie der Appellationsrichter mit Recht hervorhebt, nicht zu identifiziren.

Denn während das Gehalt für die zu leistenden Dienste gewährt wird, beruht der Anspruch auf Pension auf bereits geleisteten Diensten, zu deren fernerer Leistung der pensionirte Beamte nicht mehr fähig ist.* Besteht zwischen Gehalt und Pension aber ein Unterschied, obgleich beide zu den Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung zu rechnen sind, so leuchtet von selbst ein, daß, wenn der § 3. des Gesetzes vom 11. März 1850 den Staat bei Uebernahme der örtlichen Polizeiverwaltung in einer Gemeinde nur zur Zahlung **der Gehälter** der Polizeibeamten verpflichtet,**

* Vergl. Bd. 29. S. 11. dieses Archivs.
** Vergl. Bd. 62. S. 83. dieses Archivs.

Digitized by Google

darunter nicht zugleich die Pensionen der Polizeibeamten verstanden werden können, daß diese vielmehr, wie alle übrigen Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung von der dazu verpflichteten Gemeinde zu entrichten sind.

Verpflichtet aber das Gesetz vom 11. März 1850 den Staat bei Uebernahme der örtlichen Polizeiverwaltung in einer Gemeinde nur zur Zahlung der Gehälter an die Polizeibeamten, so kann dem gegenüber nicht auf die Bestimmungen des Pensions=Reglements vom 30. April 1825 rekurrirt werden, welche nur das Verhältniß zwischen dem Staate und seinen Civilbeamten in Bezug auf die Pensionsansprüche regeln, während rücksichtlich des zwischen Staat und Gemeinde in Betreff der Polizeiverwaltung bestehenden Verhältnisses das Gesetz vom 11. März 1850 als lex specialis gilt. Muß man aber hiernach mit den beiden Vorderrichtern annehmen, daß die Verklagte zur Entrichtung der in Rede stehenden Pensionen verpflichtet ist, so kann auch von einer Verletzung der §§ 268. und 269. I. 13. des Allgem. Landrechts nicht die Rede sein, wonach das, womit nöthige oder nützliche Ausgaben für einen Anderen bestritten worden, für nützlich verwendet in den Nutzen desselben zu achten ist, und wonach Ausgaben, zu welchen Jemand durch die Gesetze verpflichtet wird, nothwendige sind, da der Kläger durch Bezahlung der Pensionen eine der Verklagten gesetzlich obliegende Verpflichtung erfüllt hat.

Die Richtigkeitsbeschwerde, soweit sie die Konvention betrifft, mußte daher als unbegründet zurückgewiesen werden.

Uebrigens muß verwiesen werden auf das Präjudikat des Ober=Tribunals vom 14. Juni 1864 (Entscheidungen Bd. 51. S. 132.) und andere Entscheidungen desselben über die Verpflichtung der Stadtgemeinden zur Tragung der Pensionen der Polizeibeamten.

Auch konnten die an sich unzulässigen neuen Angriffe,

Digitized by Google

welche die Verklagte noch in der mündlichen Verhandlung versuchte, keinen Erfolg haben.

II. In der Rekonvention hat die Verklagte als Widerklägerin beantragt, den Kläger als Widerverklagten zu verurtheilen, ihr diejenigen Beiträge zum Pensionsfonds, welche den drei Polizeibeamten von ihren Besoldungen in Abzug gebracht, und vom Fiskus vereinnahmt worden, zu zahlen, die Ermittelung der Höhe dieser Beiträge und der davon zu zahlenden Verzugszinsen aber einem besonderen Verfahren vorzubehalten. Mit diesem Rekonventionsantrage ist die Verklagte und Widerklägerin durch das Appellations-Erkenntniß abgewiesen, in welchem ausgeführt wird: der § 21. des Pensions-Reglements vom 30. April 1825 gebe als Zweck der den Staatsdienern von ihrem Diensteinkommen abzuziehenden Beiträge zum Pensionsfonds an, daß der Staatskasse bei der Bildung des zur Berichtigung der bereits bewilligten und künftig zu bewilligenden Pensionen erforderlichen Fonds einige Erleichterung gewährt werden solle. Die Besoldungsabzüge sollten also nicht ein Beitrag zur Pension sein, welche dieser Einzelne einst genießen würde, sondern der Staatskasse wegen der von ihr zu leistenden Zahlung der Beamtenpensionen überhaupt zu Gute kommen, ihr also, insofern aus ihr schon Pensionen gezahlt gewesen, auch hierfür einen theilweisen Ersatz bieten.

Der Zweck derselben sei daher mit ihrer Erhebung erreicht gewesen. Wenn also die Verpflichtung des Staats, einem Beamten, welcher zu dem Pensionsfonds beigesteuert gehabt, die ihm zustehende Pension zu zahlen aus irgend einem Grunde wegfalle, so wären die ihm gemachten Gehaltsabzüge dennoch ihrem Zwecke nach der Staatskasse zu Gute gekommen. Hiermit widerlege sich das Fundament der Widerklage.

Aber selbst wenn man, der Ansicht des Richters erster Instanz folgend, als Zweck der Gehaltsabzüge nur die Er-

6*

Digitized by Google

leichterung dessen annehmen wolle, welcher die Pension künftig zu zahlen habe, so könne doch in Erhebung der Pensionsbeiträge durch den Staat eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu Gunsten der Stadtgemeinde Stettin nicht gefunden werden.

Denn nur der Staat habe seinen Beamten Abzüge von ihren Gehältern machen können, wozu er allein das Recht gehabt habe.

Es fehle also im vorliegenden Falle die natürliche Voraussetzung der negotiorum gestio, daß nämlich die besorgten Geschäfte nicht Geschäfte des Geschäftsführers, sondern die eines Anderen seien. Dies treffe hier nicht zu, da die Verklagte und Widerklägerin die Gehaltsabzüge nicht selbst habe erheben können. Fraglich könne es allerdings sein, ob das Recht des Staats, von einer ganzen Kategorie seiner Diener Gehaltsabzüge zum Pensionsfonds zu machen, nicht mit seiner Befreiung von der Pflicht, dieser Beamtenklasse Pensionen zu gewähren, aufgehört habe. Keineswegs aber sei mit dem bloßen Uebergange dieser Pflicht auf einen Anderen ohne Weiteres für denselben ein Recht auf die einmal vom Staate erhobenen und in seine Kasse geflossenen Pensionsbeiträge entstanden. Hierzu wäre erforderlich gewesen, daß das Recht des Staats, die Besoldungen zu Gunsten des Pensionsfonds zu kürzen, durch irgend einen Rechtstitel auf den Anderen übertragen wäre. An einem solchen Rechtstitel fehle es im vorliegenden Falle.

Verklagte könne eine solche Befugniß weder aus dem Pensions-Reglement, welches Rechtsverhältnisse nur zwischen dem Staat und seinen Beamten begründe, herleiten, noch sei sie ihr in dem Gesetze vom 11. März 1850 übertragen.

Der Annahme des ersten Richters, daß der Staat durch die bisherige Zahlung der Pensionen eine Geschäftsführung für die Verklagte ohne deren Auftrag besorgt habe, könne nicht beigetreten werden; er habe vielmehr, wie oben aus-

Digitized by Google

geführt, nur die gezahlten Pensionen in deren Nutzen verwendet, und auch dadurch, daß er von den Gehältern Abzüge gemacht, nur seine eigene, nicht fremde Geschäfte besorgt, sei daher nicht verpflichtet, die bei dieser Gelegenheit gezogenen Vortheile an die Verklagte, welcher gesetzlich ein Anspruch darauf nicht zustehe, herauszugeben. Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt, daß der Appellations-Richter durch seine Ausführung den § 3. des Gesetzes vom 11. März 1850, den § 21. des Pensions-Reglements vom 30. April 1825, sowie die §§ 230. und 232. I. 13. des Allgem. Landrechts verletze, und die Natur und den wesentlichen Charakter des der Beurtheilung unterliegenden Rechtsgeschäfts verkenne, indem er unzulässiger Weise das Recht auf die Pensionsbeiträge von der Pflicht zur Zahlung der Pensionen trenne. Obgleich diese Beschwerden nicht in allen Richtungen begründet gefunden werden konnten, so mußte doch die Beschwerde über die Verletzung des § 21. des Pensions-Reglements für die Civilstaatsdiener vom 30. April 1825 berechtigt erscheinen. Es lautet § 21. wie folgt: 14. Beiträge zum Pensionsfonds. a) Durch Besoldungsabzüge.

Um der S t a a t s k a s s e bei der Bildung des zur Berichtigung der bereits bewilligten und künftig zu bewilligenden Pensionen erforderlichen Fonds einige Erleichterung zu gewähren, sollen die Staatsdiener in Rücksicht der ihnen durch die gegenwärtige Verordnung zugestandenen Ansprüche nach folgenden Abstufungen Beiträge von ihrem Einkommen zum Pensionsfonds einzahlen u. s. w., und § 24. setzt fest: 4. Erhebung der Beiträge.

Die G e h a l t s a b z ü g e werden in eben den Raten, in welchen die Bezahlung des Gehalts geschieht, durch A b z u g a n d e r G e l d b e s o l d u n g bei derjenigen Kasse, welche letztere leistet, berichtigt.

Es ist also in diesen Bestimmungen unzweifelhaft vorausgesetzt, daß die Staatskasse das Subjekt sei, welches die

Digitized by Google

Pensionen dereinst zu zahlen verpflichtet ist, und aus diesem Grunde die Pensionsabzüge zu erheben berechtigt sein sollte. Wenn nun, wie bei Beurtheilung der Konvention nachgewiesen worden, die betreffenden, Staatsdienern untergebenen und aus der Staatskasse besoldeten Polizeibeamten bei erfolgter Pensionirung ihre Pension von der Gemeinde zu erhalten haben, so fällt der Grund weg, aus welchem die Staatskasse ihnen Gehaltsabzüge zu machen berechtigt war. Dagegen lag der Anordnung der Gehaltsabzüge zum Pensionsfonds der Zweck zum Grunde, demjenigen Subjekte, welches die Pension zu gewähren hat, diese Verpflichtung zu erleichtern. Wenn aber die Staatskasse von der Verpflichtung der Zahlung der Pensionen befreit war, so konnte nicht ihr der Pensionsbeitrag zufließen, sondern mußte demjenigen gebühren, welcher die Pension zu zahlen hat.

Der Kläger und Widerverklagte hat daher ohne Recht die streitigen Pensionsbeiträge erhoben und dadurch einen Vortheil erlangt, welcher der Verklagten und Widerklägerin, dem Grundsatze und dem Zwecke der Hebung gemäß, gebührt und ihr nach den §§ 230. und 232. I. 13. des Allg. Landrechts ersetzt werden muß.

Hiernach mußte in der Rekonvention das Appellations-Urtheil vernichtet, und das Erkenntniß erster Instanz in der Sache selbst auf das Rechtsmittel des Klägers und Widerverklagten bestätigt werden.

Digitized by Google

No. 17. — III. Senat. Sitzung v. 22. April 1870.

Schulte und Genossen ·/· Dittmar und Genossen. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Essen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Erwerb eines der durch mündliche Verabredung verbundenen Gesellschafter auf seinen Namen; Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu einander und zu Dritten rücksichtlich dieses Erwerbes.

a. Den Erwerb, den Einer der Gesellschafter den nur mündlich getroffenen Verabredungen gemäß mit den zusammengeschafften Mitteln Aller auf seinen Namen macht, ist nicht von selbst Eigenthum Aller.

b. Der § 171. I. 17. des Allgem. Landrechts bezieht sich nur auf das Rechtsverhältniß der Gesellschaft unter einander, dieselben müssen sich in Ansehung des fraglichen Erwerbes gegenseitig als Miteigenthümer anerkennen. Auf diese rechtliche Stellung können sie sich einem Dritten gegenüber nicht berufen.

A. L. R. I. 17. §§ 55. 56. 171. 234.

Die Kläger resp. deren Erblasser, Karl Dittmar und Adolph Hagedorn, waren mündlich übereingekommen, zu schürfen und eventuell Bergwerkseigenthum zu erwerben. Sie machten einen Fund, auf welchen Dittmar und Hagedorn Muthung einlegten und demnächst auch auf ihren Namen Verleihung erhielten. Sie traten den Genossen aber nicht so viele Kuxe ab, wie dies nach dem mündlichen Uebereinkommen und im Verhältniß der Betheiligung der Einzelnen hätte geschehen müssen, verkauften vielmehr einen Theil der den Klägern gebührenden Kuxe an die Verklagten. Die Kläger wurden den letzteren gegenüber mit ihrer auf

Digitized by Google

Herausgabe dieser Kuxe gerichteten Klage in den Vorinstanzen abgewiesen.

Die von den Klägern ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

In Bezug auf vertragsmäßige Erwerbsgemeinschaften bestimmt das Allgem. Landrecht im Theil I. Titel 17. Abschnitt 3.:

§ 170. Der Zweck der Verbindung und das Verhältniß der Verbundenen bei und zur Erlangung desselben müssen allemal, ohne Unterschied des Gegenstandes, durch einen schriftlichen Vertrag, bei Strafe der Nichtigkeit, festgesetzt werden.

§ 171. Ist dies nicht geschehen, gleichwohl aber durch die gemeinschaftlichen Verwendungen der Gesellschafter bereits etwas erworben worden, so wird ein solcher Erwerb als gemeinschaftliches Eigenthum, welches aus einer zufälligen Begebenheit entstanden ist, nach den Regeln des ersten Abschnittes beurtheilt.

Darnach ist ein mündlicher Gesellschaftsvertrag nicht unbedingt und in jeder Beziehung nichtig, sondern hat, wenn durch ihn mittelst gemeinschaftlicher Verwendungen ein Erwerb erzielt ist, die rechtliche Wirkung, daß in Ansehung dieses Erwerbes sofort bei dessen Erlangung unter denjenigen Gesellschaftern, aus deren Vermögen die Verwendungen gemacht sind, die Rechte und Pflichten entstehen, welche das Gesetz für das Rechtsverhältniß aus dem gemeinschaftlichen Eigenthum überhaupt, d. h. dem aus einer zufälligen Begebenheit hervorgegangenen Miteigenthume, in den §§ 8. ff. a. a. O. vorschreibt. Der Rechtsgrund dieser Wirkung ist darin zu erkennen, daß die im Vertrage ausgedrückte Zustimmung der Gesellschafter zu dem Erwerbe sich als ein

Digitized by Google

durch den Erwerb erfüllter Auftrag darstellt, und daß hierzu in den Verwendungen ein Moment hinzutritt, welches dem Rechtsverhältnisse zugleich den Charakter eines realkontraktlichen verleiht. Die Richtigkeit der Ansicht des Appellations-Richters: daß die Hauptbedeutung des § 171. nicht darin, daß das, was durch die gemeinschaftlichen Verwendungen der Gesellschafter bereits erworben ist, als gemeinschaftliches Eigenthum beurtheilt werden solle, sondern darin liege, daß dieses gemeinschaftliche Eigenthum als aus einer zufälligen Begebenheit entstanden behandelt werden solle, kann dahingestellt bleiben. Aus dieser Ansicht leitete der Appellations-Richter keine Rechtsfolgen her. Seine Entscheidung stützt sich auf die Annahme, daß nach § 171. der Erwerb, den Einer der Gesellschafter den nur mündlich getroffenen Verabredungen gemäß mit den zusammengeschafften Mitteln Aller auf seinen Namen gemacht habe, keinesweges **von selbst** Eigenthum Aller werde. Und in dieser Auslegung des Gesetzes muß dem Appellations-Richter durchaus beigestimmt werden.

Nach dem schon angedeuteten Rechtsgrunde bezieht sich das Gesetz überhaupt nur auf das Rechtsverhältniß der Gesellschafter **unter einander**. Dieselben müssen sich in Ansehung des fraglichen Erwerbes **gegenseitig** als Miteigenthümer anerkennen. Auf diese rechtliche Stellung zu einander können sie sich aber einem Dritten gegenüber nicht berufen.

Namentlich bildet der § 171. weder eine Ausnahme von dem allgemeinen Rechtsprinzipe des § 1. I. 10. a. a. O., wonach die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache, außer dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben erfordert, noch eine Ausnahme von dem im Präjudize des Ober-Tribunals No. 2052. vom 2. Oktober 1848 (Präjudizien-Sammlung I. S. 77.) nachgewiesenen Rechtsgrundsatze: daß der Machtgeber, dessen Bevollmächtigter

Digitized by Google

auf Grund des erhaltenen Auftrages eine Sache von einem Dritten im eigenen Namen erkauft hat, durch die in Folge eines solchen Vertrages an den Bevollmächtigten geschehene Uebergabe der Sache nicht sofort das Eigenthum derselben erwirbt, sondern nur das persönliche Recht erlangt, von dem Bevollmächtigten die Uebertragung des Eigenthums an ihn zu fordern.* Eine Ausnahme von diesen Rechtssätzen würde in der fraglichen Bestimmung nur gefunden werden können, wenn anderweite besondere Gesetzesvorschriften solche Auffassung begründeten.

Dies aber ist nicht der Fall; vielmehr verordnen die im ersten Abschnitte des 17. Titels a. a. O. enthaltenen und demgemäß vom § 171. speziell in Bezug genommenen §§ 55. 56. im Einklange mit dem obgedachten Präjudize:

> Was ein Theilnehmer, auch durch Verwendung des gemeinschaftlichen Vermögens, für sich selbst und auf seinen eigenen Namen erwirbt, wird kein gemeinschaftliches Eigenthum der übrigen Theilnehmer (§ 55.).
>
> Es steht aber diesen frei, von dem Erwerbenden die Abtretung des Miteigenthums der ganz oder zum Theil aus gemeinschaftlichem Vermögen erworbenen Sachen oder Rechte zu fordern.

Ohne jeden Grund beschränkt der Appellations-Richter die Anwendung dieser Vorschriften auf den Fall, daß ein Theilnehmer ohne Zustimmung der übrigen Theilnehmer gehandelt hat. Nach ihrem wortdeutlichen Inhalte setzen die Paragraphen nur voraus, einerseits, daß der Erwerb durch Verwendung gemeinschaftlichen Vermögens gemacht ist, und anderseits, daß ihn der handelnde Miteigenthümer für sich selbst und auf seinen eigenen Namen gemacht hat. Die Frage: ob die übrigen Miteigenthümer in Betreff des neuen

* Vergl. Bd. 8. S. 189. dieses Archivs; Hauser, Stellvertretung im Besitze (Leipzig, 1870), S. 12. ff.; Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 9. S. 439-443. 628., Bd. 10. S. 137.

Digitized by Google

Erwerbes die Rechte aus dem Besitze und demzufolge das Miteigenthum der Sache oder des Rechts mit Wirkung gegen Dritte erlangt haben, ist in jedem Falle nach den allgemeinen Bestimmungen über den Besitzerwerb überhaupt und über den Besitzerwerb durch Stellvertreter insonderheit zu beantworten. Sogar dann, wenn ein formell gültiger Gesellschaftsvertrag zum Grunde liegt, erlangt einem Dritten gegenüber, mit welchem einer der Theilnehmer blos auf seinen eigenen Namen einen Vertrag geschlossen hat, aus diesem Vertrage die Gemeinschaft kein Recht (§ 234.); woraus folgt, daß auch keiner der übrigen Theilnehmer, außer dem kontrahirenden, sich auf solchen Vertrag und die in dessen Erfüllung an den Kontrahenten geleistete Uebergabe der Sache, deren Erwerb durch den Vertrag bezweckt worden ist, gegen Dritte berufen kann.

Für das Rechtsverhältniß der Gesellschafter allen dritten Personen gegenüber ist der Vertrag und dessen Erfüllung wirkungslos. Es hat nur derjenige Gesellschafter, welcher den Vertrag abgeschlossen und dessen Objekt übergeben erhalten, unter der Voraussetzung, daß er dabei in Angelegenheiten der Sozietät gehandelt, die Verpflichtung, den erzielten Vortheil an die Gesellschaft zu überlassen, — § 233.

Dementsprechend ist in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 17. März 1864 (Entscheidungen Bd. 52. S. 431.*) bereits ausgeführt: durch das zitirte Präjudiz vom 2. Oktober 1848 und die §§ 55. 56. a. a. O. werde nicht ausgeschlossen, daß unter den Theilnehmern der Erwerb eines Einzelnen ein gemeinschaftlicher sei, zumal wenn hierauf eine ausdrückliche, obgleich nur mündliche Verabredung gerichtet gewesen (§ 171.); in der Existenz dieses gemeinschaftlichen Erwerbes beruhe das Recht auf förmliche „Abtretung des Miteigenthums", welches der § 56. den anderen Theilnehmern verleihe, um sie in den Stand zu setzen, ihr Recht

* Vergl. Bd. 52. S. 334. dieses Archivs.

Digitized by Google

an der Sache auch gegen Dritte geltend zu machen; hierin beruhe auch die Pflicht eines Gesellschafters, den Vortheil aus einem in Angelegenheiten der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrage der Gesellschaft zu überlassen (§ 233.); die Dritten gegenüber mangelnde Dinglichkeit dürfe im Verhältnisse der Theilnehmer unter einander nicht in Betracht kommen. Hiermit ist für den Fall des § 171. bereits vom Ober-Tribunale anerkannt, daß der dort behandelte Erwerb zwar in Bezug auf die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Gesellschafter wie ein gemeinschaftliches Eigenthum zu beurtheilen sei, nicht aber ohne Weiteres Dritten gegenüber als solches gelte.

Imploranten selbst sind nicht als Vindikanten aufgetreten. Nach Inhalt der Klage stützen sie ihren Anspruch, außer auf den Vorprozeß und den Vertrag vom 13. Januar 1846, darauf, daß Karl Dittmar und Adolph Hagedorn auf Grund des mit ihnen und andern Personen geschlossenen Gesellschaftsvertrages die Muthung Hochpreußen eingelegt haben, und zugleich darauf, daß dies, und damit ihr Anspruch auf einen Theil des Bergwerkseigenthums der Zeche Hochpreußen den Imploraten bei deren Erwerbung der streitigen Kuxe von Karl Dittmar bekannt gewesen sei.

Imploranten prätendiren daher nicht ein an den streitigen Kuxen bereits erworbenes Eigenthum, sondern nur einen Erwerbstitel und ein den Imploranten gegenüber gemäß § 25. I. 10. des Allgem. Landrechts erworbenes Vorzugsrecht, die streitigen Kuxen betreffend. Hiernach hat der Appellations-Richter, davon ausgehend, daß Karl Dittmar und Adolph Hagedorn auf ihren eigenen Namen die Belehnung mit der Zeche Hochpreußen nachgesucht und erhalten, mit Recht und namentlich in richtiger Interpretation des § 171. I. 17. a. a. O. angenommen, daß Imploranten, als Mitkontrahenten bei dem der Muthung und Beleihung vorausgegangenen Gesellschaftsvertrage keine Eigenthumsrechte an den streitigen

Kuxen erlangt haben, welche sie gegen die Imploranten geltend zu machen befugt wären.

Der gegen den Appellations-Richter in der Nichtigkeitsbeschwerde erhobene Vorwurf der Verletzung des § 171. ist also unbegründet.

Die gleichzeitige Anschuldigung des Appellations-Richters, die §§ 265—267. II. 16. des Allgem. Landrechts verletzt zu haben, ist in der Nichtigkeitsbeschwerde mit keinen Gründen unterstützt.

Sollte der Appellations-Richter, indem er zu den Erwägungen, welche ihn zur Annahme geführt:

daß Karl Dittmar Eigenthümer der streitigen Kuxen geworden sei, hinzufügt:

„vergl. auch §§ 265. ff. II. 16. des Allg. Landrechts", übersehen haben, daß die §§ 265—267. a. a. O. sich nur auf das Rechtsverhältniß des Bergbauenden zu der Bergbehörde beziehen (Plenarbeschluß vom 7. Juli 1851, Entscheidungen Bd. 21. S. 10.*), so würde dennoch der Angriff aus diesem Verstoß wirkungslos sein, weil die fraglichen Gesetzesbestimmungen vom Appellations-Richter, wie sich aus der Fassung des Citats selbst ergiebt, nur zur Bestätigung des Resultates seiner anderweiten Erwägungen herangezogen worden, und dieselben in der That gemäß der obigen Rechtsausführung hier völlig bedeutungslos sind.

Aus diesen Gründen war die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen.

* Vergl. Bd. 2. S. 235. dieses Archivs.

Digitized by Google

No. 18. – I. Senat. Sitzung v. 27. Mai 1870.

Röhle ·|· Haselau und Genossen. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Erbschaftsantritt des Märkischen Ehegatten aus einem einseitigen Testament des Verstorbenen; Wahlrecht des Ueberlebenden zwischen der Erbschaft aus dem Testament und Theilung nach dem Statut; Zurücknahme der Erbschafts-Antrittserklärung.

a. In dem Falle, wo der überlebende Märkische Ehemann gleich anderen Personen aus dem vom verstorbenen Ehegatten einseitig errichteten Testamente Erbe genommen und nach dessen Bestimmungen, nicht aber statutarisch, Theilung gehalten hat, kommen die Grundsätze des Erbschafts-Edikts vom 30. April 1765 über die Verhaftung der Erben den Erbschaftsgläubigern gegenüber nicht zur Anwendung.

A. L. R. II. 1. § 661.; Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765 Abth. II. (N. C. C. III. S. 689. No. 42.; Rabe, Sammlung Bd. L. 3. S. 121. ff.)

b. Hat der überlebende Märkische Ehegatte nach den Bestimmungen des Testaments des Erstverstorbenen Erbe genommen, so greifen die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Erbesantretung aus Testamenten Platz, und finden die Vorschriften des Erbschafts-Edikts vom 30. April 1765, welche blos den Fall betreffen, wo von einer statutarischen Theilung des Nachlasses die Rede ist, nicht Anwendung.

A. L. R. I. 9. §§ 390. ff.; Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765 Abth. II.

c. Nach dem Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765

Digitized by Google

Abth. II. §§ 1. 2. steht dem Märkischen Ehegatten frei, der Erbschaft aus dem Testamente zu entsagen und die Auseinandersetzung mit den Miterben nach dem Statut (der Joachimica von 1527) zu beantragen, und bleibt ihm dies Wahlrecht nach § 3., auch wenn er schon im Allgemeinen sich für Benefizialerben erklärt hat, oder wegen unterlassener Erklärung dafür zu erachten gewesen ist. So lange er nicht das Testament rechtsgültig anerkannt, braucht er in Beziehung auf die ihm zustehenden statutarischen Rechte sich demselben nicht zu unterwerfen, sondern kann von den Testamentserben Theilung nach dem Statut unter Einwerfung seines Vermögens verlangen.

Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765 Abth. II. §§ 1-3.

d. Ist der überlebende Ehegatte in dem Testamente des erstverstorbenen unter ausdrücklicher oder in Gemäßheit der Vorschriften der §§ 309. 310. des Entwurfes des Provinzialrechts für die Kurmark Brandenburg, 2. Ausgabe, anzunehmender Befreiung von der ihm als statutarischen Erben obliegenden Einwerfung seines Vermögens zum Erben eingesetzt, oder hat er ein wechselseitiges Testament mit dem Erstverstorbenen errichtet, und die Erbschaft aus einem solchen Testamente angetreten, so hat es dabei sein Bewenden, und wird dann der Ueberlebende nach den Gesetzen der allgemeinen Landesgesetze beurtheilt, auch findet eine Zurücknahme die-

Digitized by Google

ser Erklärung nur innerhalb der gesetzlichen Ueberlegungsfrist statt.

v. Scholtz und Hermensdorff, Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg, 2. Ausgabe; Entwurf §§ 309. 310.

e. In der Kur- und Neumark ist der überlebende Ehegatte in Ermangelung eines Ehepakts oder „Testaments" ipso jure nicht Erbe des zuerst verstorbenen, sondern er wird es nur durch seinen ausdrücklich erklärten, oder bei unterlassener Erklärung binnen der in dem Gesetze bestimmten Frist stillschweigend vorausgesetzten Willen, durch welchen eine Gütergemeinschaft zur Zeit des Todes entsteht, ꝛc. und es steht nach den Vorschriften der Abtheilung II. des Edikts vom 30. April 1765 dem überlebenden Ehegatten, so lange er nicht pure für Erben sich erklärt hat oder dafür rechtskräftig erkannt worden, immer noch frei, der Erbschaft des zuerst verstorbenen Ehegatten zu entsagen.

f. Diese Befugniß zur Entsagung hat an sich auch beim Vorhandensein eines Testaments Geltung, sofern durch dessen Inhalt das Eintreten der statutarischen Erbfolge nicht schlechthin ausgeschlossen wird, was dann anzunehmen ist, wenn in einem einseitigen oder wechselseitigen Testamente der eine Ehegatte den überlebenden von der Verpflichtung der Einwerfung seines eigenen Vermögens befreit hat.

Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765 Abth. II.

Der Kläger, Rentier Andreas Röhle, und dessen am

Digitized by Google

8. August 1866 in Berlin verstorbene Ehefrau hatten in ihrem am 26. Juli 1866 errichteten wechselseitigen Testament sich gegenseitig zu Erben eingesetzt, dergestalt, daß der Ueberlebende im Besitz und Genuß des Nachlasses verbleibe, beim Tode des längstlebenden aber das Eigenthum der dann noch vorhandenen Mobilien und des übrigen beiderseitigen Vermögens, insbesondere der Gelder und Hypothekenkapitalien, über deren Substanz der letztlebende nicht verfügen dürfe, auf die Verklagten als Erben übergehen solle.

In einer vor dem Vormundschaftsrichter aufgenommenen Verhandlung vom 1. Juni 1867 hatte der Kläger dieses Testament anerkannt, und aus demselben die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, diese Erklärung jedoch in einer notariellen Verhandlung vom 25. November 1867 zurückgenommen und der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testament entsagt.

Diese Erbschaftsentsagung wurde von den Verklagten wegen Ablaufes der Deliberationsfrist, sowie wegen des gerichtlichen Anerkenntnisses des Testaments und des Erbschaftsantritts für unzulässig erklärt.

Kläger stellte unter Beweis, daß er deutsch Geschriebenes nicht lesen und außer seinen Namen auch nicht schreiben könne, und folgerte hieraus die Unverbindlichkeit der vor dem Vormundschaftsrichter abgegebenen Erklärungen; er nahm seinen Antrag dahin:

die Verklagten zu verurtheilen, anzuerkennen, daß die von ihm in der notariellen Verhandlung vom 25. November 1867 abgegebene Erklärung, der Erbschaft aus dem von ihm und seiner verstorbenen Ehefrau errichteten wechselseitigen Testament vom 26. Juli 1866 zu entsagen, rechtsgültig sei, auch ihn, den Kläger, für befugt zu erachten, die Erbschaft aus dem Testamente auszuschlagen und als Märkischer Ehemann sein eingebrachtes Vermögen zurückzufordern.

Digitized by Google

Der erste Richter verurtheilte die Verklagten nach dem Klageantrage; der zweite Richter machte die Entscheidung der Sache von einem dem Kläger über dessen Schreibensunkunde auferlegten Eid abhängig.

Die von den Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Nach den Vorschriften des Allg. Landrechts I. 9. §§ 392. 420. 421. wird derjenige, welchem eine Erbschaft aus irgend welchem Delationsgrunde angefallen ist, als ein Solcher, der die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten habe, also Erbe geworden sei, angesehen, wenn er entweder mittelst einer rechtsgültigen Willensäußerung die Annahme der Erbschaft ausdrücklich erklärt, oder Verfügungen über die Erbschaft, woraus die Absicht, dieselbe nicht blos verwalten, sondern sich ihrer als wirklicher Erbe anmaaßen zu wollen, klar erhellet, getroffen (§§ 392. 420.), oder endlich die gesetzliche Ueberlegungsfrist, ohne sich zu erklären, hat verstreichen lassen (§ 421.). Nach § 412. a. a. O. aber kann, es mag nun der eine oder andere Fall vorliegen, der Erbe der Erbschaft später zum Nachtheil eines Dritten — Nachlaßgläubigers oder Miterben —

(Präjudiz No. 1583., Präjudizien-Sammlung I. S. 32.) —

nicht mehr entsagen, und auch für die Antretung der Erbschaft aus wechselseitigen Testamenten unter Eheleuten —

Allgem. Landrecht II. 1. §§ 491. 492. —

bestehen keine abweichenden Regeln, —

(vergl. das diesseitige Erkenntniß vom 1. November 1847, Rechtsfälle Bd. 3. S. 62. 64.).

Im vorliegenden Falle sind jedoch die Erbrechte des Klägers zunächst nach den Vorschriften des Märkischen Provinzialrechts zu beurtheilen, und es fragt sich daher, ob dergleichen, den angeführten landrechtlichen Bestimmungen vorgehende respektive derogirende Vorschriften vorhanden sind?

Digitized by Google

Die unbestritten jetzt noch als Provinzialrecht in der Kurmark zur Anwendung kommende Zweite Abtheilung des Erbschafts-Edikts vom 30. April 1765 —

(N. C. C. III. S. 689. No. 42.; Rabe, Sammlung I. 3. S. 121. ff.) —

enthält folgende Bestimmungen:

§ 1. Wenn ein Ehegatte verstirbt, so hat der überlebende die Wahl, ob er des Verstorbenen Erbe sein wolle oder nicht; es wäre denn, daß die Eheleute in ihren Ehepakten oder durch ein anderes unter sich errichtetes pactum successorium sich dieser Wahl ausdrücklich begeben hätten.

§ 2. Erklärt sich der Ueberlebende, daß er nicht Erbe sein wolle, so ist er berechtigt, alles das Seinige zurückzubehalten und den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten dessen Erben ex testamento vel ab intestato, oder dessen Creditoribus zu überlassen ꝛc.

§ 3. Erklärt sich der überlebende Ehegatte Erbe cum beneficio legis et inventarii zu sein, oder wird er, wegen unterlassener Erklärung davor angenommen, so ist er dadurch berechtigt:

a) den Creditoren mehr nicht, als des zuerst verstorbenen Ehegatten Vermögen herauszugeben ꝛc.,

b) den Erben des Verstorbenen aber, entweder das nach Abzug dessen Schulden übrig bleibende Vermögen des Verstorbenen allein zu überlassen, oder dasselbige, mit Einwerfung seines Vermögens ꝛc. mit ihnen zu theilen.

§ 4. Erklärt sich der Ueberlebende pure pro herede statutario, oder wird er davor rechtskräftig erkannt, so ist er verbunden, alles sein Vermögen, ausgenommen die Güter, welche ꝛc. (nach besonderen Rechten) davon eximiret sind, mit einzuwerfen und zur Gemeinschaft zu bringen, und er erhält von

Digitized by Google

seinem und des verstorbenen Ehegatten Vermögen, wie beides am Tage des Todes des Erstverstorbenen beschaffen gewesen, wenn davon zuvörderst beiderseitige Schulden abgezogen, die Hälfte, die andere Hälfte aber fällt den Erben des Verstorbenen zu.

Im § 8. ist dann weiter gesagt, daß es hinsichtlich der Grundsätze der Kollation keinen Unterschied machen solle, ob der überlebende Ehegatte mit Testaments- oder Intestat-Erben des Verstorbenen konkurrire, und nach § 10. soll den Erben des Erstverstorbenen vel ex testamento vel ab intestato, vel ex pacto gleichfalls freistehen, der zu ihrem Besten geordneten und dem überlebenden Ehegatten obliegenden Einwerfung seines Vermögens zu entsagen, und die Hälfte von des Verstorbenen, nach Abzug dessen Schulden, übrig bleibenden Vermögens allein zu fordern und die andere Hälfte dem verschuldeten Ehegatten oder dessen Creditoribus zu überlassen.

Diese Vorschriften finden unzweifelhaft auch dann Anwendung, wenn der verstorbene Ehegatte ein Testament hinterlassen hat, und es ist als ebenso unzweifelhaft angenommen, daß die Vermuthung dafür spreche, der testirende erstverstorbene Ehegatte habe den überlebenden zur Einwerfung seines Vermögens verpflichten wollen, —

Scholz, Entwurf des Kurmärkischen Provinzialrechts §§ 251. 252. 306. ff. 313.;

v. Kunow, Entwurf des Provinzialrechts der Neumark, §§ 381—385. 468—472.

Nicht minder anerkannten Rechtens ist es, daß der Märkische Ehegatte, selbst wenn er von dem verstorbenen Ehegatten in dessen Testamente als Erbe bedacht ist, oder mit demselben ein wechselseitiges Testament errichtet hätte, dennoch die Wahl, die testamentarische Erbschaft überhaupt [illegible] oder ihr ganz zu entsagen, sowie das Recht haben

Digitized by Google

solle, der Erbschaft aus dem Testamente zu entsagen und die gesetzliche statutarische Erbfolge zu wählen, —

Scholz, a. a. O. §§ 358. 359.;

v. Kunow, a. a. O. §§ 520. 521.

Auch waltet insofern kein Bedenken ob, daß, wenn der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem Testamente angetreten respektive sie antreten zu wollen ausdrücklich erklärt hat, es dabei sein Bewenden hat, und der Ueberlebende dann nach den Grundsätzen der allgemeinen Landesgesetze wie jeder andere Erbe zu beurtheilen ist, —

Scholz, § 368. a. a. O.;

v. Kunow, § 524. a. a. O.

Demgemäß ist auch diesseits angenommen worden:

a) am 30. April 1851: daß in dem Falle, wo der überlebende Ehemann gleich anderen Personen aus dem vom verstorbenen Ehegatten einseitig errichteten Testamente **Erbe genommen und nach dessen Bestimmungen,** nicht aber statutarische, **Theilung** gehalten hatte, die Grundsätze des Erbschafts-Edikts über die Verhaftung der Erben den **Erbschaftsgläubigern** gegenüber **nicht** zur Anwendung kämen, —

(Präjudiz No. 2287., Entscheidungen Band 21. S. 224. ff. 249.),

und

b) in Sachen Pieper wider Herrguth am 17. Oktober 1851 auf Grund der Feststellung: daß der überlebende Ehemann die Erbschaft seiner ersten Ehefrau aus dem mit ihr errichteten wechselseitigen Testamente angetreten gehabt habe, den in dem nach deren Tode von jenem anderweit errichteten Testamente eingesetzten Erben gegenüber:

daß, wenn der überlebende Ehegatte nach den Bestimmungen eines Testaments des

Digitized by Google

Erstverstorbenen **Erbe genommen habe,** die allgemeinen Vorschriften über die Erbes-Antretung aus Testamenten Platz griffen, und die Vorschriften des Erbschafts-Edikts, welche blos den Fall beträfen, wo von einer **statutarischen Theilung** des Nachlasses die Rede sei, nicht Anwendung fänden.

Völlig im Einklange mit diesen Grundsätzen steht es, insofern der Appellations-Richter angenommen hat, daß, wenn der Kläger das mit seiner verstorbenen Ehefrau errichtete wechselseitige Testament in einer für ihn rechtsverbindlichen Form anerkannt und sich als Erbe mit der Rechtswohlthat des Inventars und Gesetzes aus diesem Testamente erklärt habe, die testamentarische und nicht die statutarische Erbfolge eingetreten sei, und dem Kläger nicht mehr das Recht der Wahl zwischen beiden zustehe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde meint aber, daß es auf eine ausdrückliche und schriftliche Erklärung des Klägers nicht ankomme, und daß seine Abweisung mit dem gestellten Klageantrage schon deshalb auszusprechen gewesen sei, weil er:

a) über zum Nachlasse seiner Ehefrau gehörige Gegenstände aus bloßer Freigebigkeit verfügt,

und

b) der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente nicht innerhalb der Ueberlegungsfrist entsagt habe.

In ersterer Beziehung hat der Appellations-Richter der Behauptung der Verklagten:

Kläger habe insofern über den Nachlaß seiner verstorbenen Ehefrau disponirt, als er verschiedene näher bezeichnete Stücke des Nachlasses (Bettstücke, Wäsche und Kleidungsstücke) an einzelne namhaft gemachte Miterben verschenkt habe,

desgleichen der Entgegnung des Klägers:

daß er durch Ausantwortung dieser den benannten Per-

sonen eben als Erben gehörenden Gegenstände nur seiner Pflicht genügt habe, übrigens auch von denselben, wie sie eidlich nicht leugnen würden, um Herausgabe dieser Gegenstände gebeten worden sei,

Erwähnung gethan, und sodann ausgeführt:

daß Kläger die von den Verklagten bezeichneten Nachlaßstücke seiner verstorbenen Ehefrau den benannten Miterben und den Hut an die Wirthschafterin übergeben und mit den Miterben Verhandlungen über den Nachlaß gepflogen hat, schließt ein Anerkenntniß des Testaments und eine Erbnehmung auf Grund desselben nicht in sich, da die Vertheilung der Sachen der Erblasserin, wie in Ermangelung einer Erklärung der Verklagten über den zugeschobenen Eid feststeht, auf deren Bitte stattgefunden hat.

Implorant wirft dem Appellations-Richter vor, durch diese Argumentation den § 420. I. 9. des Allg. Landrechts verletzt zu haben, welcher so lautet:

Wer solche Verfügungen über die Erbschaft trifft, woraus die Absicht, dieselbe nicht blos einstweilen verwalten, sondern sich ihrer als wirklicher Erbe anmaaßen zu wollen, klar erhellet, der wird demjenigen, welcher eine Erbschaft unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventars ausdrücklich angenommen hat, gleich geachtet.

Offenbar mit Unrecht. Denn ganz abgesehen von der Rechtsfrage:

ob ein Verhalten, welches nach dem Allgem. Landrecht der Annahme der Erbschaft sub beneficio gleich geachtet wird, den Märkischen Ehegatten bei der testamentarischen Erbfolge des im § 3b. des Erbschafts-Edikts vom 30. April 1765 statuirten Wahlrechts ohne Weiteres verlustig macht?

ist die Vorfrage:

ob sich aus Verfügungen über Nachlaßgegenstände die Ab-

Digitized by Google

sicht, sich der Erbschaft als wirklicher Erbe anmaaßen zu wollen, erkennen lasse?

offenbar eine thatsächliche. Und wenn der Appellations-Richter dieselbe nach den obwaltenden Umständen, namentlich mit Rücksicht auf die Motive, aus welchen Kläger die bezeichneten Verfügungen über einzelne seiner verstorbenen Frau gehörige Gegenstände getroffen habe, verneint hat, so kann bei dieser augenscheinlich auf faktischen Momenten beruhenden Entscheidung von einem rechtsgrundsätzlichen Verstoße gegen § 420. a. a. O. nicht die Rede sein.

Die Nichtigkeitsbeschwerde meint ferner, wie oben zu b. bereits erwähnt worden:

Kläger habe nach Ablauf der Deliberationsfrist der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testament überhaupt nicht mehr entsagen können, weil für den Erbschaftsantritt aus wechselseitigen Testamenten keine abweichenden Regeln beständen, vielmehr die Annahme der Erbschaft von selbst eintrete, wenn nicht innerhalb der Deliberationsfrist in der gehörigen Form entsagt sei,

und sie wirft dem Appellations-Richter vor:

1. die §§ 68. und 72. des Anhangs zu § 19. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung und die §§ 3. und 4. des Erbschafts-Edikts vom 30. April 1765 durch unrichtige Anwendung,

sowie

2. die §§ 398. 421. I. 9., die §§ 491—493. II. 1. des Allgem. Landrechts und den Rechtsgrundsatz:

   Der überlebende Märkische Ehegatte, welcher beim Vorhandensein eines wechselseitigen Testamentes die Deliberationsfrist verstreichen läßt, ohne der Erbschaft zu entsagen, ist nicht als Benefizialerbe ex statuto, sondern als Benefizialerbe ex testamento zu betrachten,

   durch Nichtanwendung verletzt zu haben.

Digitized by Google

Auch diese Rügen erscheinen nicht begründet.

Zunächst ist nicht erfindlich, überdies nicht einmal zu motiviren versucht, inwiefern der Appellations-Richter dadurch, daß er angenommen hat:

die in der nur vor einer Gerichtsperson stattgefundenen Verhandlung vom 1. Juni 1867 vom Kläger abgegebene Erklärung würde, wenn derselbe die deutsche Schriftsprache zu lesen und zu schreiben unkundig respektive blos seinen Namen zu schreiben kundig sei, wegen unterbliebener Zuziehung eines Schreibebeistandes für Kläger rechtsunverbindlich sein,

die §§ 68. und 72. des Anhangs zur Allg. Gerichts-Ordnung verletzt respektive unrichtig angewendet haben sollte, da diese Vorschriften jener Annahme ganz klar zur Seite stehen.

Im Uebrigen kommt Alles darauf an, ob der Appellations-Richter die §§ 3. und 4. des Erbschafts-Edikts vom 30. April 1765 unrichtig angewendet hat, da, wenn diese provinzialrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen, die Rüge der Verletzung der angegebenen landrechtlichen Vorschriften sich von selbst beseitigt.

Denn wenn auch die §§ 491—493. II. 1. des Allgem. Landrechts nicht zu den in der Mark auf Grund des § 7. des Publikations-Patents vom 5. Februar 1794 suspendirten Vorschriften gehören, und wenn ferner nach den landrechtlichen Bestimmungen auch rücksichtlich der Antretung oder Entsagung der Erbschaft aus einem wechselseitigen Testamente, wie in dem von der Nichtigkeitsbeschwerde in Bezug genommenen diesseitigen Erkenntnisse vom 1. November 1847 —

(Rechtsfälle Bd. 3. S. 62.) —

anerkannt ist; keine von den allgemeinen Vorschriften der §§ 398. und 421. I. 9. des Allg. Landrechts abweichenden Regeln gelten, so würde diesen das Provinzialrecht doch immer vorgehen.

Digitized by Google

In dieser Beziehung kommt nun in Betracht, daß nach den oben angeführten Bestimmungen des gedachten Erbschafts-Edikts dem überlebenden Ehegatten, und zwar auch wenn der erstverstorbene Ehegatte ein Testament hinterlassen, ein doppeltes Wahlrecht zusteht:

1. nach den §§ 1. 2. innerhalb der Ueberlegungsfrist, zu wählen, ob er die Erbschaft antreten, oder durch sofortige Entsagung (unter Behaltung seines eigenen Vermögens) aus allem Nexus mit den Erbschaftsgläubigern oder den Miterben in Beziehung auf den Nachlaß des Erstverstorbenen sich setzen will;
2. nach § 3., selbst wenn er die Erbschaft (unter der Rechtswohlthat des Inventars) angetreten hat, oder wegen unterlassener Erklärung (innerhalb der Deliberationsfrist) als Benefizialerbe anzusehen ist, doch noch bei der Theilung (also — § 4. — so lange er sich nicht pure pro herede erklärt, d. h. die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten hat, oder [auf Antrag der Gläubiger oder Miterben] für einen Erben ohne Vorbehalt rechtskräftig erkannt worden ist) zu wählen: ob er mit den Miterben nach dem Statute, d. h. das Vermögen des Verstorbenen unter Einwerfung seines Vermögens theilen, oder sein eigenes Vermögen zurückbehalten und nur das Vermögen des Verstorbenen den Gläubigern respektive so viel nach Abzug der Schulden übrig bleibt, den Miterben herauszugeben respektive überlassen will.

Es ist hiernach unzweifelhaft, daß der überlebende Ehegatte, welcher sich innerhalb der Deliberationsfrist über das Wahlrecht zu 1. nicht erklärt hat, als Benefizialerbe angesehen wird und zu den Nachlaßgläubigern in das Verhältniß eines solchen tritt, gegen die Miterben aber das Wahlrecht zu 2. noch behält.

Bei der gesetzlichen Erbfolge ist dies völlig unbestritten.

Digitized by Google

Aber auch für den Fall der testamentarischen Erbfolge ist dies in dem diesseitigen Erkenntnisse vom 2. September 1848 —

(Rechtsfälle Bd. 4. S. 311.) —

angenommen und ausgeführt worden:

Nach dem Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765 Abtheilung II. §§ 1. 2. stehe dem Märkischen Ehegatten frei, der Erbschaft **aus dem Testamente zu entsagen** und die Auseinandersetzung mit den Miterben nach dem Statut (der Joachimica von 1527) zu beantragen, und **bleibe** ihm **dies** Wahlrecht nach § 3., auch wenn er schon im Allgemeinen sich für **Benefizialerben** erklärt habe, **oder wegen unterlassener Erklärung dafür zu erachten gewesen sei. So lange** er **nicht** das Testament rechtsgültig anerkannt, **brauche er** in Beziehung auf die ihm zustehenden **statutarischen Rechte sich demselben nicht zu unterwerfen,** sondern könne von den **Testaments**-Erben Theilung nach dem Statut unter Einwerfung seines Vermögens verlangen.

Das statutarische Recht des überlebenden Ehegatten, in Bezug auf welches er sich dem Testamente des anderen Ehegatten nicht zu unterwerfen braucht, besteht aber nicht blos in der Befugniß, das gemeinschaftliche Vermögen mit den Miterben zur Hälfte zu theilen, sondern auch in der Befugniß, den Nachlaß des Verstorbenen den Miterben allein zu überlassen und das eigene Vermögen zurückzubehalten.

Die Gründe, welche für die Aufrechthaltung der ersten Befugniß sprechen, sprechen ebenso dafür, daß dem Testamentserben im gedachten Falle auch die zweite Befugniß bleibt.

Allerdings giebt es einen Fall, in welchem die testamentarische Erbfolge die statutarischen Rechte ausschließt, respektive eine Ausübung derselben nicht stattfindet, nämlich:

Digitized by Google

wenn der, wie oben erwähnt, unbestritten provinzialrechtlich geltenden Satzung:

daß der überlebende Ehegatte auch bei der testamentarischen Erbfolge sein eigenes Vermögen einwerfen müsse,

entgegen, der überlebende in dem Testamente des erstverstorbenen Ehegatten unter ausdrücklicher oder anzunehmender Befreiung von der ihm als statutarischen Erben obliegenden Einwerfung seines Vermögens zum Erben eingesetzt ist.

Und für diesen Fall enthalten unter dem Abschnitt:

„Von Erwerbung und Entsagung der Erbschaften",

zu den Marginalien:

„Wahlrecht des überlebenden Ehegatten in Beziehung auf Antretung und Entsagung der Erbschaft, respektive Antretung der Erbschaft:

a) aus einem Testamente (ex testamento)",

der Entwurf des Neumärkischen Provinzialrechts von v. Kunow von 1836 im § 524., sowie der Entwurf des Kurmärkischen Provinzialrechts von Scholz, 1. Ausgabe, vom Jahre 1834 im § 481. übereinstimmend die Bestimmung:

erklärt der überlebende Ehegatte ausdrücklich, die Erbschaft aus diesem (solchem) Testamente antreten zu wollen, so hat es dabei sein Bewenden, und wird dann der Ueberlebende nach eben den Grundsätzen, wie jeder andere Erbe beurtheilt;

und zwar der Scholz'sche Entwurf mit dem Beisatze:

auch findet eine Zurücknahme dieser Erklärung nur innerhalb der gesetzlichen Ueberlegungsfrist statt.

In dem umgearbeiteten Entwurfe des Provinzialgesetzbuchs für die Kurmark lautet zwar der dem gedachten § 481. des ersten Entwurfs korrespondirende § 362. folgendermaaßen:

Ist der überlebende Ehegatte in dem Testamente des erstverstorbenen, unter ausdrücklicher, oder

Digitized by Google

in Gemäßheit der Vorschrift der §§ 309. 310. (erste Ausgabe §§ 428. 429.) anzunehmender Befreiung von der ihm als statutarischen Erben obliegenden Einwerfung seines Vermögens zum Erben eingesetzt, **oder** hat er ein **wechselseitiges** Testament mit dem Erstverstorbenen errichtet, **und die Erbschaft aus einem solchen Testamente angetreten,** so hat es dabei sein Bewenden, und wird dann der Ueberlebende nach den Gesetzen der allgemeinen Landesgesetze beurtheilt, auch findet eine Zurücknahme dieser **Erklärung** nur innerhalb der gesetzlichen Ueberlegungsfrist statt.

Allein diese veränderte Fassung berechtigt nicht zu der Annahme, als seien die Worte:

„hat der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem mit dem erstverstorbenen Ehegatten errichteten wechselseitigen Testamente angetreten",

so zu verstehen: daß der überlebende Ehegatte nach Vorschrift der allgemeinen Landesgesetze, weil er sich innerhalb der Deliberationsfrist über den Antritt der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente nicht erklärt habe, als Erbe aus diesem Testamente anzusehen sei. Vielmehr ergeben die Schlußworte, in denen von der Zurücknahme dieser Erklärung die Rede ist, unzweideutig, daß unter dem Antreten der Erbschaft die ausdrückliche Erklärung, die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente antreten zu wollen, gemeint ist.

Die Motive des Entwurfs lassen hierüber keinen Zweifel.

Denn in der zweiten Ausgabe Bd. 2. S. 191—195. ist übereinstimmend mit der ersten Ausgabe Bd. 2. S. 307. bis 314. zunächst von dem oben gedachten doppelten Wahlrechte des überlebenden Ehegatten, sowie davon die Rede, daß das erste Wahlrecht demselben auch dann zustehe, wenn er mit dem Erstverstorbenen ein wechselseitiges Testament errichtet habe.

Digitized by Google

In der zweiten Ausgabe ist dabei auf das diesseitige Erkenntniß in Sachen Pieper wider Herrguth vom 17. Oktober 1851 Bezug genommen, worin dieser Rechtssatz ausdrücklich anerkannt, jedoch bemerkt ist:

daß, wenn der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente angetreten und nach dessen Bestimmungen Erbe genommen habe, die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Erbesantretung zur Anwendung kämen, nicht aber die Bestimmungen des Erbschafts-Edikts, welche nur den Fall beträfen, wo von statutarischer Theilung die Rede sei.

In beiden Ausgaben ist dann übereinstimmend S. 314. respektive 195. noch gesagt:

Uebrigens findet dieses (erste) Wahlrecht in Beziehung auf die Antretung und Entsagung der Erbschaft überhaupt, nur bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist statt, indem nach § 3. Abtheilung I. und § 3. Abtheilung II. des Erbschafts-Edikts, wenn die Erklärung nicht binnen der gesetzlichen Zeit abgegeben worden, der überlebende Ehegatte als heres cum beneficio angesehen wird. Er tritt aber dann zu den Gläubigern in das Verhältniß eines Benefizialerben, und hat nur noch gegen die Miterben das gedachte (zweite) Wahlrecht.

Die oben erwähnten, in dem diesseitigen Erkenntnisse vom 2. September 1848 —

(Rechtsfälle Bd. 4. S. 311.) —

ausgesprochenen Grundsätze stehen auch nicht mit dem, aus den Gründen des in der Prozeßsache Dupré wider Wetzel am 21. Februar 1834 unter Bezugnahme auf § 1. der Abtheilung II. des Erbschafts-Edikts vom 30. April 1765 gefällten Revisions-Urtheils extrahirten Präjudize No. 42. —

(Präjudizien-Sammlung I. S. 31.) —

im Widerspruche, welches so lautet:

In der Kur- und Neumark ist der überlebende

Digitized by Google

Ehegatte **in Ermangelung** eines Ehepakts **oder „Testaments“** ipso jure nicht Erbe des zuerst verstorbenen, sondern er wird es nur durch seinen ausdrücklich erklärten, oder bei unterlassener Erklärung binnen der in dem Gesetze bestimmten Frist stillschweigend vorausgesetzten Willen, durch welchen eine Gütergemeinschaft zur Zeit des Todes entsteht, ꝛc. und es steht nach den Vorschriften der Abtheilung II. des Edikts vom 30. April 1765 dem überlebenden Ehegatten, **so lange** er **nicht pure** für Erben **sich erklärt** hat oder **dafür rechtskräftig erkannt worden,** immer noch frei, der Erbschaft des zuerst verstorbenen Ehegatten zu entsagen.

Denn da im § 1. Abtheilung II. des Erbschafts-Edikts nicht von Ehepakten „und Testamenten“, sondern nur von Ehepakten

„oder einem andern unter ihnen errichteten pactum successorium, worin der eine Ehegatte des Rechtes der Wahl, ob er Erbe des anderen sein wolle oder nicht, sich begeben“,

die Rede ist, der § 2. aber ausdrücklich des Falles der Konkurrenz von Testaments-Erben des erstverstorbenen Ehegatten gedenkt, so hat durch die Worte: „in Ermangelung eines Testaments“ offenbar nicht gesagt sein sollen: daß überhaupt beim Vorhandensein eines Testaments der überlebende Ehegatte ipso jure Erbe des zuerst verstorbenen sei, und das Erbschafts-Edikt unbedingt ausgeschlossen werde. Vielmehr hat der am Schlusse des Präjudizes ausgesprochene Rechtssatz an sich auch beim Vorhandensein eines Testaments Geltung, sofern durch dessen Inhalt das Eintreten der statutarischen Erbfolge nicht schlechthin ausgeschlossen wird, was, wie oben gezeigt, dann anzunehmen ist, wenn in einem ein-

Digitized by Google

seitigen oder wechselseitigen Testamente der eine Ehegatte den überlebenden von der Verpflichtung der Einwerfung seines eigenen Vermögens befreit hat.

Nach der Feststellung im ersten Urtheil, auf welche der Appellations-Richter Bezug genommen hat, ist dies im vorliegenden Testamente jedoch nicht der Fall. Denn danach haben sich die Röhle'schen Eheleute dergestalt wechselseitig zu Erben eingesetzt, daß der Ueberlebende im Besitze und Genusse des Nachlasses verbleiben, beim Tode des Letztlebenden das Eigenthum der dann noch vorhandenen Mobilien und des übrigen beiderseitigen Vermögens, insbesondere der Gelder und Hypothekenkapitalien, über deren Substanz der Letztlebende nicht verfügen dürfe, auf die Verklagten übergehen solle.

Der eine Ehegatte hat daher den anderen von der Einwerfung seines Vermögens nicht nur nicht befreit, sondern ihn auch in der Dispositionsbefugniß über einen Theil desselben bei Lebzeiten beschränkt, und der Fall, daß der Ueberlebende durch Antritt der Erbschaft in seinen statutarischen Erbrechten nicht gekränkt werde, liegt somit nicht vor.

Unter diesen Umständen blieb ihm aber nicht nur das Wahlrecht der §§ 1. und 2. des Erbschafts-Edikts: ob er überhaupt erben wolle oder nicht, sondern auch nach Ablauf der Deliberationsfrist nach den §§ 3. ff. das weitere Wahlrecht: ob er mit Einwerfung seines Vermögens die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens beanspruchen, respektive ohne Einwerfung seines Vermögens den Testamentserben der Frau allein überlassen wolle.

Die Errichtung des wechselseitigen Testaments allein entzog ihm dieses Wahlrecht noch nicht, und ebensowenig ist in dem festgestellten Inhalte desselben eine Begebung dieses Rechts zu finden.

Hat aber der Appellations-Richter die Vorschriften des

Digitized by Google

Erbschafts-Edikts nicht durch unrichtige Anwendung verletzt, und kann auch der in der Nichtigkeitsbeschwerde formulirte Rechtsgrundsatz in solcher Allgemeinheit so wenig, als nach Lage des hier streitigen Falles für richtig erachtet werden, so erweist sich von selbst die Rüge des Verstoßes gegen die als verletzt bezeichneten landrechtlichen Vorschriften verfehlt. Denn es ist oben gezeigt, daß für den überlebenden Märkischen Ehegatten die von diesen Vorschriften abweichenden Bestimmungen des provinzialrechtlich Geltung habenden Erbschafts-Edikts vom 30. April 1765 Platz greifen.

Hiernach ist die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

No. 19. – II. Senat. Sitzung v. 16. Juni 1870.

Bluhm ·|· Hempler. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Thorn.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Umfang des Lichtschutzes bei Neubauten des Nachbars.

a. Für alle Behältnisse auf der Bauseite, welche durch daselbst befindliche Fenster erhellt werden, soll ein bestimmter Lichtschutz fortdauern.

b. Unerheblich ist es, ob die Bauseite zu der Front- oder zu den Giebelseiten des Hauses gehört.

c. Der Lichtschutz erstreckt sich auf die ganze Bauseite in ihrer vollen Ausdehnung.

d. Befinden sich im Erdgeschoß (im untern Stockwerk) keine Behältnisse, welche durch daselbst befindliche Fenster ihr Licht empfangen, so muß dieser Lichtschutz dennoch den obern Behältnissen zu Theil werden. Es kommt demnach nur auf die Ausmessung

Digitized by Google

des Raumes an, durch welchen der Lichtschutz gewährt werden soll. Dieser Raum ist in den Fällen der §§ 142. 143. I. 8. des Allgem. Landrechts relativ zu bemessen. Für das Maaß bilden die in dem ersten Stockwerk befindlichen Fenster den einen und der nach dem Himmel gerichtete Blick den andern Faktor.

e. Fehlen im untern Stock Lichtöffnungen, so treten für das folgende Stockwerk dieselben Bestimmungen ein, als wenn es das untere wäre.

A. L. R. I. 8. §§ 142. 143.

Bis zum Jahre 1868 befand sich in der Giebelwand des dem Kläger gehörigen Hauses ein Fenster, welches den Bodenraum dieses Hauses erhellte. Im Jahre 1868 aber hat Verklagter das angrenzende ihm gehörige Nachbarhaus, welches bisher aus zwei Stockwerken bestand, um ein drittes erhöhet. Dadurch ist das Bodenfenster in dem Hause des Klägers verbaut, und dem Boden das bisherige Licht entzogen worden. Kläger hat deshalb den Antrag gestellt:

den Verklagten zu verurtheilen, den neuen Bau seines Hauses, Altstadt Thorn No. 309., soweit zurücktreten zu lassen, daß Kläger aus dem ungeöffneten Fenster des nach dem Grundstück des Verklagten zu belegenen Giebels seines Hauses den Himmel erblicken könne.

Von dem Verklagten ist unter Anderm der Einwand erhoben:

daß die dem Klageantrage zur Stütze dienenden §§ 142. 143. I. 8. des Allgem. Landrechts auf das Zubauen von Fenstern, welche sich nur im obersten Stockwerk finden, nicht zur Anwendung kommen könnten.

Auf die vom Kläger ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt, daß das Erkenntniß zweiter

Digitized by Google

Instanz zu vernichten, und in der Sache selbst auf die Appellation des Klägers noch nicht definitiv zu erkennen, dieselbe vielmehr:

unter Verwerfung des Einwandes, daß der Klageanspruch deshalb zurückzuweisen sei, weil sich im unteren Stockwerk der Giebelwand des dem Kläger gehörigen Hauses Fenster nicht befinden, und weil der durch den Dachstuhl und die Giebelwand dieses Hauses umschlossene Raum im Sinne des § 142. I. 8. des Allg. Landrechts als ein Stockwerk nicht angesehen werden könne,

zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zu verweisen.

Gründe:

Es ist zwar darüber kein Streit, daß das Fenster in Rede seit länger als zehn Jahren vor dem Neubau bestanden hat, und daß der Bodenraum, welcher dadurch erhellt wird, von einer andern Seite nicht Licht empfängt, sowie, daß in dem untern Stockwerke an der Giebelwand des dem Kläger gehörigen Hauses sich Fenster nicht befinden; der Appellations-Richter hat aber den Klageantrag zurückgewiesen:

weil nach seiner Ansicht der § 142. Fenster im unteren Stockwerk voraussetzt; und weil der Theil eines Hauses, welcher durch den Dachstuhl und die Giebelwand gebildet wird, als ein Stockwerk nicht angesehen werden könne.

In gleicher Weise hatte das Appellationsgericht zu Marienwerder in einem rechtlich und thatsächlich völlig gleichartigen Fall früher entschieden. Eine thatsächliche Verschiedenheit könnte allein in dem Umstande gefunden werden, daß in dem damals streitigen Falle die Fenster in der Giebelwand zwei Dachstuben erhellten, während in dem vorliegenden der ganze Bodenraum durch das Fenster in der Giebelwand sein Licht empfing.

In dem zuerst gedachten Falle vernichtete der zweite Senat

Digitized by Google

des Ober-Tribunals die zweite Entscheidung durch die vom 3. Oktober 1861 ergangene und Bd. 46. S. 68. der Entscheidungen veröffentlichte Sentenz wegen Verletzung der §§ 142. 143. I. 8. des Allgem. Landrechts.

Während gegenwärtig der zweite Richter in seinen Entscheidungsgründen sich wesentlich und zum Theil wörtlich anlehnt an einen in der Preußischen Rechtsanwalts-Zeitung besprochenen, von dem Ostpreußischen Tribunal in zweiter Instanz entschiedenen Fall (vergl. diese Zeitung, Jahrg. I. S. 242. ff.), gründet Kläger seine Nichtigkeitsbeschwerde im Wesentlichen auf das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 3. Oktober 1861, den Hauptangriff auf Verletzung der §§ 142. 143. a. a. O. und auf einen aus denselben abgezogenen Rechtsgrundsatz stützend.

Es ist bekannt, daß die Auslegung der §§ 142. 143. a. a. O. zu mannigfachen Zweifeln Anlaß gegeben hat, deren Lösung theils durch Plenarbeschlüsse des Ober-Tribunals, theils durch Entscheidungen dieses Gerichtshofes, sowie theils durch eine Anzahl schriftstellerischer Arbeiten versucht worden ist.

Wenn aber auf eine nähere Beurtheilung der hier streitigen Frage überhaupt eingegangen werden soll, so muß dennoch von Neuem auf die Entstehung der mehrgedachten Vorschriften zurückgegangen werden, weil diese für die Interpretation wesentliche Momente darbietet.

Das Gemeine Recht erkannte jedem Eigenthümer die Befugniß zu, so nahe an seiner Grenze und so hoch er wollte, zu bauen, auch nach der Seite seines Nachbars hin beliebige Lichtöffnungen auszubrechen. Die in der Lex 14. § 1. Cod. de servitutibus et aqua enthaltene singuläre, und die in verschiedenen andern Gesetzstellen begründete Einschränkung des Eigenthümers, ne quid ad aemulationem in suo faciat, kommen hierbei nur in soweit in Betracht, als sie die Regel bestätigen.

Digitized by Google

In dem Entwurfe zum Allg. Landrecht fanden sich folgende Bestimmungen vor:

1. der Bauende solle mit einem Neubau von den bei Anfang desselben schon vorhandenen Fenstern des Nachbars soweit zurückbleiben, daß der Nachbar durch diese Fenster, auch wenn sie nicht geöffnet seien, noch den Himmel erblicken könne;
2. dem Nachbar solle gestattet sein, gegen die Eröffnuug neuer Fenster, die auf seine Grundstücke die Aussicht gewähren, innerhalb drei Jahre nach deren Anlage zu protestiren und sich dadurch das Recht des Vorbauens zu erhalten.

In der revisione monitorum bemerkte Suarez, daß sich hierzu viele Erinnerungen vorfänden. Nachdem er den Inhalt dieser Erinnerungen näher angiebt und kennzeichnet, fährt er fort:

„Ein Monent aber schlägt folgende Theorie vor:

Entweder der Nachbar, welchem durch den neuen Bau das Licht benommen wird, hat nur von dieser Seite Licht und Fenster, und dann muß der Bauende soweit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des untern Stockwerks den Himmel sehen kann. Hat der Nachbar noch von einer andern Seite Licht und Fenster, so kann soweit vorgebaut werden, daß noch aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerks der Himmel gesehen werden kann. Hat er von mehreren Seiten Licht und Fenster, so darf der Bauende nur drei Werkschuh von dem Gebäude des Nachbars zurückbleiben. — Diese Theorie, welche zwischen dem Entwurf und der bisherigen Theorie das Mittel hält, würde ich annehmen. Wenn der Nachbar sich noch auf andere Art helfen kann, so darf eine bloße Unbequemlichkeit oder ein nicht sehr beträglicher Nachtheil desselben den Bauenden in dem freien Gebrauch

Digitized by Google

seines Eigenthums nicht hindern. Wenn aber durch den Vorbau das Gebäude des Nachbars, welches just nur von dieser Seite Licht und Fenster hat, demselben ganz unbrauchbar gemacht werden würde, so wäre es offenbar wider die natürliche Billigkeit verstoßen, wenn dem Bauenden erlaubt sein sollte, um eines bloßen neuen Vortheils willen, den er sich durch den Vorbau erst erwerben will, dem Nachbar den Gebrauch seines Eigenthums ganz zu benehmen. Auf diese Art wird meines Erachtens das gehörige Temperament getroffen; die Rechte des Eigenthums werden, sowenig als möglich, eingeschränkt, und es ist doch dafür gesorgt, daß solche nicht zum gänzlichen Ruin des Nachbars gemißbraucht werden können.

Ad marginem ist bemerkt:

Diese Theorie wird zwar angenommen. Es muß aber doch unterschieden werden, ob neue Fenster geöffnet werden sollen. In diesem Falle muß der, welcher dergleichen neue Fenster eröffnen will, sich die Einwilligung des Nachbars verschaffen."

Man siehet leicht, daß hiernach der Neubauende nicht das Recht haben sollte, Vorbauten vorzunehmen, durch welche die vorhandenen Gebäude seines Nachbars aus Mangel an Licht gänzlich unbrauchbar würden, daß andrerseits aber auch der Nachbar dergleichen Vorbauten nicht sollte widersprechen können, wenn ihm dadurch nur eine Unbequemlichkeit oder ein nicht sehr beträchtlicher Nachtheil erwachsen möchte. In beiden Richtungen sollte die natürliche Billigkeit zur Geltung kommen, welche allerdings auf den konkreten Fall zurückführt (Gesetz-Revision, Pens. XIII. S. 68. ff.).

In dem Allgem. Landrecht hat man zwar anscheinend an dem Grundsatze der Billigkeit festgehalten, man hat aber für eine solche Billigkeit, — vielleicht in der Meinung, daß dadurch Prozesse verhütet würden, — spezielle und ganz posi-

Digitized by Google

tive Normen aufgefunden und solche mit Gesetzeskraft bekleidet. Es heißt nämlich:

§ 142. Sind jedoch die Fenster des Nachbars, vor welchen gebaut werden soll, schon seit zehn Jahren oder länger vorhanden, und die Behältnisse, wo sie sich befinden, haben nur von dieser Seite her Licht, so muß der neue Bau soweit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des untern Stockwerks den Himmel erblicken kann.

§ 143. Hat in diesem Fall das Gebäude des Nachbars, in welchem die Fenster sich befinden, noch von einer andern Seite Licht, so ist es genug, wenn der neue Bau nur soweit zurücktritt, daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerks den Himmel sehen kann.

§ 144. Sind aber die Fenster des Nachbars, vor welchem gebaut werden soll, noch nicht seit zehn Jahren vorhanden, so ist der Bauende blos an die im § 139. bestimmte Entfernung gebunden.

Es ergiebt sich hieraus zunächst, daß ein besonderer Lichtschutz für solche Fenster, welche noch nicht zehn Jahre vorhanden gewesen waren, überhaupt nicht gewährt werden sollte. Der für ältere Fenster und Behältnisse ausnahmsweise angeordnete Lichtschutz sollte zu Statten kommen:

a) den Behältnissen im Nachbarhause, welche Fenster hatten,

b) und zwar in solcher Weise, daß diesen Behältnissen das nothwendige Licht erhalten werden sollte, und

c) die Ausmessung dieses Lichts sollte, je nach Verschiedenheit der Fälle, durch den freien Blick von den Fenstern des Nachbarhauses, welche bis jetzt den Behältnissen Licht gegeben hatten, gegen den Himmel zu bestimmt werden.

Es tritt als der oberste Grundsatz hervor:

Digitized by Google

daß für alle Behältnisse auf der Bauseite, welche durch daselbst befindliche Fenster erhellt würden, ein bestimmter Lichtschutz fortdauern soll.

Es folgt aber hieraus weiter, daß es unerheblich ist, ob die Bauseite zu den Front- oder zu den Giebelseiten des Hauses gehört. Es gehet ferner daraus hervor, daß dieser Lichtschutz sich auf die ganze Bauseite in ihrer vollen Ausdehnung erstreckt.

Wenn sich mithin im Erdgeschoß (im untern Stockwerk) keine Behältnisse befinden, welche durch daselbst befindliche Fenster ihr Licht empfangen, so muß dieser Lichtschutz, nach der deutlichen Absicht des Gesetzgebers, dennoch den oberen Behältnissen zu Theil werden. Es kommt demnach nur auf die Ausmessung des Raumes an, durch welchen der Lichtschutz gewährt werden soll. Dieser Raum ist in den Fällen des § 142. und 143. relativ zu bemessen. Für das Maaß aber bilden die in dem ersten oder zweiten Stockwerk befindlichen Fenster den einen, und der nach dem Himmel gerichtete Blick den andern Faktor.

Fehlen im untern Stock Lichtöffnungen, so treten für das folgende Stockwerk dieselben Bestimmungen ein, als wenn es der untere wäre; in dieser Hinsicht kann auf die schon allegirte Entscheidung vom 30. Oktober 1861 verwiesen werden.

Einen Nebengrund entlehnt der zweite Richter aus der schon angezogenen Beurtheilung, welche sich S. 245. in der Rechtsanwalts-Zeitung vorfindet. Er sagt:

Für diese Auslassung spricht auch das Wesen der gesetzlichen Servitut, welche die freie Disposition des Eigenthümers nur da beschränkt, wo ein erheblicher Nachtheil Anderer ohne allen Nachtheil für ihn, oder wenigstens ein den seinen beträchtlich überwiegender Nachtheil Anderer

Digitized by Google

abzuwenden ist, — §§ 29. und 30. a. a. O.; da gewiß zugegeben werden muß, daß der Vortheil, den der Verklagte durch Errichtung eines neuen Stockwerks gewinnt, jedenfalls den Nachtheil des Klägers überwiegt, indem Letzterer seinen Boden auch auf der Seite, von welcher die Stockwerke seines Hauses selbst ihr Licht beziehen, erhellen kann.

Allein diese Betrachtung erscheint in ihrer Form nicht als eine selbstständige, sondern nur als ein unterstützender Grund. Derselbe wäre aber auch richtig angegriffen. Die angezogenen §§ 29. und 30. a. a. O. können hier nicht zur Anwendung kommen, weil sie sich mit dem Fall beschäftigen, in welchem der Eigenthümer von dem Staat genöthigt werden kann, sich die Beschränkung seiner Eigenthumsrechte gegen vollständige Schadloshaltung gefallen zu lassen.

Auch monirt Implorant mit Recht, daß der Einwand, der Vortheil des Verklagten werde den Nachtheil des Klägers überwiegen, weder rechtlich erhoben, noch thatsächlich begründet worden ist.

Da der Appellations-Richter im Uebrigen den Fond der Klage und die dagegen erhobenen Einreden seiner Beurtheilung nicht unterworfen hat, so ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zu verweisen.

Digitized by Google

No. 20. – IV. Senat. Sitzung v. 28. Juni 1870.

Gottschalk ./. Brandenburg. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Greifswald.

Passivlegitimation bei der actio Pauliana, rei vindicatio und der Anfechtungsklage nach der Konkurs-Ordnung und dem Gesetz vom 9. Mai 1855; örtliche Anwendung der Gesetze auf die Gründe der Anfechtung eines Vertrages.

a. Die actio Pauliana ist wie die Reivindikation nur gegen den Besitzer der Sache zu richten.

Inst. 4. 6. § 6.; Dig. 42. 8. Lex 10. § 22.

b. Dies findet auch in Betreff der auf die Bestimmungen der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und das Gesetz vom 9. Mai 1855 gestützten Anfechtungsklagen Anwendung.

Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §§ 100. ff.; Gesetz vom 9. Mai 1855 §§ 5. ff. (Gesetz-Sammlung S. 429.)

c. Ist der mit der Anfechtungsklage in Anspruch Genommene nicht mehr im Besitz der Sache, so kann nicht ein eventueller Klageantrag auf den Werth der Sache in Betracht kommen, vielmehr steht nur ein Anspruch auf Schadensersatz zu.

Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 § 106.; Gesetz vom 9. Mai 1855 §§ 12. 13.

d. Hinsichtlich der Anfechtungsgründe, dem ein Vertrag unterworfen ist, greifen dieselben Gesetze Platz, nach denen die Gültigkeit desselben, der Inhalt und die Wirkungen desselben zu beurtheilen sind.

A. L. R. Einl. §§ 23. ff.

Die vorstehenden Grundsätze sind vom Ober-Tribunal,

Digitized by Google

unter Vernichtung des Erkenntnisses zweiter Instanz auf die vom Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde, angenommen — aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der Kläger hat den hier in Rede stehenden, von dem Gemeinschuldner, Bauerhofspächter Karl Gottschalk, mit dem Verklagten, seinem Schwager, am 1. September 1867 zu Rosenhagen über verschiedene bewegliche Gegenstände abgeschlossenen Kaufvertrag Namens der Gottschalk'schen Gläubigerschaft auf Grund des § 102. No. 3. Littr. c. und des § 103. Abs. 1. der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 angefochten. Von dem Verklagten ist unter Anderm eingewendet, daß die Klage auf Herausgabe der fraglichen Gegenstände in natura um deswillen unbegründet sei, weil er sich nicht mehr in ihrem Besitze befinde, dieselben vielmehr bereits anderweitig veräußert seien. Diesen von dem Kläger bestrittenen und auch schon vom ersten Richter für nicht erheblich erachteten Einwand hat der Appellations-Richter verworfen, indem von ihm erwogen worden: „Unrichtig ist die Meinung des Verklagten, daß von Einfluß sei, ob er die in Rede stehenden Gegenstände noch besitzt. Die Klage ist nicht die Vindikation, sondern sie ist auf Rescission des Kaufvertrages und Rückgewähr des Empfangenen gerichtet." Mit Recht wird dieserhalb von dem Verklagten in seiner gegen das Appellations-Erkenntniß erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellations-Richter der Vorwurf gemacht, die oben bereits zitirten Gesetzesstellen und den § 106. a. a. O. verletzt zu haben, da es ein auch durch mehrere Entscheidungen des Ober-Tribunals anerkannter Rechtsgrundsatz ist: daß, wenn durch die Anfechtungsklage eine Rechtshandlung angefochten wird, welche die Veräußerung einer Sache zum Gegenstande hat, diese Klage nur gegen den Besitzer der Sache gerichtet werden kann. Letzteres ist vollkommen richtig,

Digitized by Google

und ist in solcher Hinsicht unter anderen nur auf die Erkenntnisse vom 7. Juni 1864 (Entscheidungen Bd. 53. S. 351—357.), vom 29. Mai 1866 (Striethorst's Archiv Bd. 62. S. 358—364.) und vom 11. Februar 1869 (Entscheidungen Bd. 61. S. 419—425.*) Bezug zu nehmen.

Das erstere und das letztere dieser Erkenntnisse haben zwar solche Anfechtungsklagen zum Gegenstande gehabt, welche auf das Gesetz, betreffend die Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner, vom 9. Mai 1855 (Gesetz-Sammlung S. 429. ff.) gegründet waren.

Die hier in Betracht kommenden Bestimmungen der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 sind jedoch mit denjenigen des ebengedachten Gesetzes völlig gleichlautend, und ist es deshalb unzweifelhaft, daß dasjenige, was in Betreff der auf dieses Gesetz gestützten Anfechtungsklagen entschieden worden ist, auch hinsichtlich der auf die Konkurs-Ordnung gegründeten Anfechtungsklagen gelten muß. In jenem ersteren Erkenntnisse ist bereits des Näheren ausgeführt, daß die Anfechtungsklage dann nicht Platz greifend ist, wenn der erste Erwerber der vom Schuldner veräußerten Sache sich nicht mehr in deren Besitze befindet, daß mithin die Zulässigkeit dieser Klage gegen den ersten Erwerber dadurch bedingt ist, daß der letztere sich mindestens zur Zeit der Insinuation der Klage noch in dem Besitze der veräußerten Sache befunden haben muß.

Solches bringt das Wesen und die Natur jener Anfechtungsklage von selbst mit sich, indem diese Klage ganz auf den von der actio Pauliana geltenden gemeinrechtlichen Grundsätzen beruht, welche letztere Klage sich in dem § 6. Inst. 4. 6. de actionibus dahin charakterisirt findet, daß es dort heißt:

Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui

* Vergl. ferner Bd. 65. S. 274. und dagegen Bd. 42. S. 189. dieses Archivs.

Digitized by Google

tradiderit bonis ejus a creditoribus ex sententia Praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione eam rem petere, id est dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

Der Effekt der Klage besteht also darin, daß das Veräußerungsgeschäft rescindirt, und daß demzufolge es so angesehen wird, als habe die Veräußerung nicht stattgefunden, als sei vielmehr die veräußerte Sache unverändert im Eigenthume des Gemeinschuldners verblieben. In dieser Beziehung wird alles, wie sich die Lex 10. § 22. Dig. 42. 8. quae in fraudem creditorum facta ausdrückt, in pristinum statum restituirt, und wenngleich die actio Pauliana an sich nur eine persönliche Klage ist, so steht sie doch, weil sie auf die Rückgewähr und Herausgabe der im Eigenthume des Gemeinschuldners verbliebenen Sache gerichtet ist, diese Herausgabe aber nur von dem Besitzer der Sache geleistet werden kann, der Reivindikation insofern gleich, als sie, wie diese, nur gegen den Besitzer der Sache zu richten ist. Daß die vorstehend gedachten Grundsätze auch in Betreff der auf die Bestimmungen der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 gestützten Anfechtungsklage zur Anwendung kommen müssen, erscheint nach der auch von dieser geltenden, in dem oballegirten Erkenntnisse enthaltenen Ausführung als unbedenklich, und hat daher der Appellations-Richter sich dadurch, daß von ihm vorliegend es für einflußlos erklärt worden, ob der Verklagte die in Rede stehenden, von dem Gemeinschuldner an ihn verkauften Gegenstände noch besitzt, der gerügten Gesetzesverletzung schuldig gemacht. In Folge dessen hat das Appellations-Erkenntniß der Vernichtung unterliegen müssen. Die Sache selbst ist aber, wie geschehen, auf die Appellation des Klägers zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung

Digitized by Google

in die zweite Instanz zurückzuweisen gewesen. Der erste Richter ist, wenn auch seinen desfallsigen Gründen nicht überall beizupflichten ist, ganz richtig davon ausgegangen, daß die vorliegende Sache lediglich nach den Bestimmungen der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 zu beurtheilen und zu entscheiden ist. Diese Annahme stellt sich, und zwar aus dem allein als entscheidend zu betrachtenden Grunde als gerechtfertigt dar, daß es nach allen vorliegenden Umständen für unbedenklich gehalten werden muß, daß der jetzige Kridar, der Pächter Gottschalk, und der Verklagte bei dem Abschlusse des Kaufvertrages vom 1. September 1867 beabsichtigt haben, sich in Bezug auf ihr durch diesen Vertrag begründetes Rechtsverhältniß ganz dem in Rosenhagen geltenden Altländischen Rechte zu unterwerfen und die Bestimmungen dieses Rechtes als diejenigen zu betrachten, nach denen ausschließlich jenes Rechtsverhältniß unter ihnen hat wirksam werden sollen. Ist dies aber der Fall, dann erscheint es als unzweifelhaft, daß *ebenso, wie die Gültigkeit des fraglichen Vertrages, der Inhalt und die Wirkungen desselben nach dem in Rosenhagen geltenden Allgem. Landrechte beurtheilt werden müssen, eine gleiche Beurtheilung auch hinsichtlich der Anfechtungsgründe, denen jener Vertrag unterworfen ist, eintreten muß.* Und daraus folgt, daß nicht minder die in der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 aufgestellten Anfechtungsgründe und die darüber in der letzteren enthaltenen Bestimmungen auf den mehrgedachten Vertrag volle Anwendung finden müssen. Einer weiteren und näheren Auseinandersetzung bedarf es jedoch hierüber nicht, da der Verklagte seinen in erster Instanz gegen die Anwendbarkeit der Konkurs-Ordnung erhobenen Widerspruch in zweiter Instanz nicht aufrecht erhalten, sondern dadurch zurückgenommen hat, daß von ihm in seiner Appellations-Beantwortung auf die Entscheidungsgründe des ersten Richters ausdrücklich Bezug ge-

Digitized by Google

nommen, und danach dessen Entscheidung für gerechtfertigt erklärt worden ist. Die von dem Kläger zur Anfechtung des zwischen dem Gemeinschuldner und dem Verklagten am 1. September 1867 zu Rosenhagen abgeschlossenen Kaufvertrages Namens der Gottschalk'schen Gläubigerschaft erhobene und auf die Bestimmungen des § 102. No. 3. Littr. c. und des § 103. No. 1. der Konkurs-Ordnung gestützte Klage erscheint an sich als völlig begründet. Denn was jene erstere Bestimmung betrifft, so liegen die Voraussetzungen derselben hier vollständig vor. Der Vertrag ist innerhalb zweier Jahre vor der Konkurseröffnung abgeschlossen, und es hat vermittelst desselben eine Veräußerung unter einem lästigen Titel an einen nahen Verwandten der Ehefrau des Gemeinschuldners stattgefunden, da der Verklagte zugestandenermaaßen ein vollbürtiger Bruder der Ehefrau des letzteren ist. Verklagter hat auch nicht, wie ihm allerdings im Gesetze freigelassen ist, Umstände nachzuweisen vermocht, aus welchen zu entnehmen, daß er zur Zeit der Veräußerung um die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen, nicht gewußt hat. Das zu dem Ende von ihm Vorgebrachte, was von dem ersten Richter gegen den Kläger in Kontumaziam für zugestanden erachtet, von dem Letzteren aber in zweiter Instanz speziell bestritten worden, ist nicht dazu geeignet, die Annahme zu begründen, daß der Verklagte zur Zeit des Vertragsabschlusses um die fraudulöse Absicht seines Schwagers, des Gemeinschuldners, nicht gewußt. Schon dasjenige, was von dem Verklagten über einen für den Gemeinschuldner in Aussicht gestandenen günstigen Pachtabstand, und daß, wenn dieser zu Stande gekommen wäre, der Gemeinschuldner noch etwa 500 Rthlr. für sich erübrigt haben würde, angeführt worden, trägt durchaus das Gepräge der Unwahrscheinlichkeit an sich; jedenfalls ist es nach seinen desfallsigen Angaben unverkennbar, daß dem Verklagten die damalige höchst miß-

Digitized by Google

liche Vermögenslage des Gemeinschuldners vollständig bekannt gewesen ist.

Wenn unter diesen Umständen, und gerade weil der Gemeinschuldner sich in Geldverlegenheit befand, von dem Verklagten mit demselben das in Rede stehende Kaufgeschäft und zwar unter Vermittelung des Kommissionärs Neumann aus Anklam abgeschlossen worden, so ist es ohne Weiteres einleuchtend, und mußte sich der Verklagte dies selbst sagen, daß es bei der vorgenommenen Veräußerung nur darauf abgesehen sein konnte, den Gläubigern des Gottschalk Vermögensobjekte zu entziehen, welche zu ihrer demnächstigen Befriedigung gedient haben würden. Solches tritt um deswillen als unzweifelhaft hervor, weil die veräußerten Gegenstände aus Inventarienstücken und Hausgeräthen bestanden, welche, da sie zu den von dem Gemeinschuldner in die Pachtung eingebrachten gehörten, durch die Veräußerung der Geltendmachung der Pfand- und Zurückbehaltungsrechte des Verpächters entzogen wurden. Mit Rücksicht hierauf läßt sich nicht annehmen, daß dem Verklagten die Führung des ihm gegen die ihm entgegenstehende gesetzliche Vermuthung obliegenden Gegenbeweises irgendwie gelungen ist. Da schon hiernach die erhobene Klage als vollkommen begründet erscheint, so bedarf der zweite sich auf den § 103. No. 1. a. a. O. und die Behauptung, daß der fragliche Kaufvertrag nur zum Scheine und in der dem Verklagten bekannten Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu bevortheilen, abgeschlossen worden, stützende Klagegrund keiner weiteren Erörterung. Und daraus folgt von selbst, daß der dem Verklagten im ersten Erkenntnisse dahin auferlegte Eid, daß ihm beim Abschlusse des Kaufvertrages vom 1. September 1867 nicht bekannt gewesen, daß der Gemeinschuldner die Absicht gehabt, daß dieser Kaufvertrag nur ein Scheingeschäft sein, oder daß die Gläubiger desselben dadurch auf andere Weise bevortheilt werden sollten, ohne Weiteres in

Digitized by Google

Wegfall kommen muß. Gegen die also als begründet zu betrachtende Anfechtungsklage hat der Verklagte zunächst eingewandt, daß für den Fall, daß der Vertrag für ungültig erklärt werden sollte, ihm die gezahlten 275 Rthlr. von der Konkursmasse restituirt werden müßten, und daß schon um deßwillen, weil Kläger sich zu dieser Restitution nicht erboten habe, die Klage als unbegründet zurückzuweisen sei. Dieser Einwand findet jedoch durch die Bestimmung des Absatzes 2. des § 107. der Konkurs-Ordnung seine Beseitigung, da nach dem Obigen es auf Grund der gesetzlichen vom Verklagten nicht widerlegten Vermuthung als feststehend angesehen werden muß, daß dem Verklagten bekannt gewesen ist, daß von dem Gemeinschuldner der mehrgedachte Kaufvertrag in der Absicht, die Gläubiger zu bevortheilen, abgeschlossen worden, und derselbe deshalb nur berechtigt ist, das von ihm an den Gemeinschuldner Gezahlte aus der Masse insoweit zurückzufordern, als die letztere dadurch reicher geworden ist. Der desfallsige Anspruch ist aber von ihm bei dem Konkurse selbst zu erheben. Der Verklagte hat sodann den Anspruch auf Herausgabe der fraglichen Gegenstände in natura für unbegründet erklärt, weil er sich nicht mehr im Besitze derselben befinde, sie vielmehr bereits anderweitig veräußert seien. Sei der Kaufvertrag ungültig, so stelle sich der Anspruch der Gläubiger als eine Vindikation aus dem Eigenthumsrechte des Kridars dar. — Diese sei aber nur zulässig gegen den Nichteigenthümer, was er nicht sei. Gegen ihn wäre eventuell nur ein Schadensersatz auf den höheren Werth der Gegenstände zulässig; in dieser Weise sei aber die Klage nicht substanziirt. Von dem Kläger ist hierauf erwidert, daß, wenn der Verklagte, was er beweisen müsse, und was bestritten werde, sich nicht mehr in dem Besitze der fraglichen Gegenstände befinden sollte, seine Verurtheilung nach dem bereits eventuell gestellten Klageantrage werde ausgesprochen werden müssen. Dieser eventuelle Klageantrag geht dahin:

Digitized by Google

den Verklagten zu verurtheilen, den besonders zu ermittelnden Werth aller einzelnen, etwa nicht zurückgegebenen Gegenstände an den Kläger zu zahlen. Nach der obigen, die Nichtigkeitsbeschwerde betreffenden Auseinandersetzung ist dieser Einwand des Verklagten für erheblich zu erachten, und hat daher zu dessen Erörterung, sowie zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung die Sache in die zweite Instanz zurückgewiesen werden müssen. Zu dem Ende ist von dem Verklagten der Beweis, salva reprobatione des Gegentheiles zu erfordern: daß er sich vor der an ihn erfolgten Insinuation der Klage nicht mehr in dem Besitze der an ihn mittelst Vertrages vom 1. September 1867 verkauften Gegenstände befunden hat.

Sollte von ihm dieser Beweis erbracht werden, so läßt sich der erhobene Einwand durch den eventuellen Klageantrag des Klägers keinesweges als beseitigt betrachten;* derselbe wird vielmehr eine Abweisung der lediglich auf die Bestimmungen des § 102. No. 3. Littr. c. und des § 103. No. 1. der Konkurs-Ordnung gestützten Klage zur Folge haben müssen.

Wogegen es dem Kläger alsdann nur wird überlassen bleiben können, den ihm Namens der Gottschalk'schen Gläubiger zustehenden Schadensersatzanspruch auf die in dem Erkenntnisse vom 11. Februar 1869 (Entscheidungen Bd. 61. S. 423. ff.) angedeutete Weise in einem besonderen Prozesse näher zu begründen, und gegen den Verklagten weiter zu verfolgen.

* Vergl. Bd. 65. S. 274. dieses Archivs.

Digitized by Google

No. 21. – I. Senat. Sitzung v. 4. Juli 1870.

Langkavel ·|· Siewert. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Stargardt.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Stettin.

Einfluß der nachträglichen Verfügung des Testators in Ansehung nachgeborener Kinder auf das frühere Testament.

Hat der Testator in Ansehung seiner nachgeborenen Kinder nachträglich verfügt, so handelt es sich lediglich darum, inwieweit diese das frühere Testament ergänzende oder abändernde Verfügung zu Recht besteht oder nicht. Ein Widerruf des früheren Testaments ist durch derartige Verfügungen nicht bedingt, obschon bei einseitigen Testamenten das Recht hierzu dem Erblasser zur Seite steht.

A. L. R. II. 2. § 458.

Die Schulz Brederlow'schen Eheleute zu Groß-Schönfeld, Joachim Brederlow und seine Ehefrau Anna Louise geb. Zegelin, haben, in kinderloser Ehe lebend, am 24. August 1841 ein wechselseitiges Testament errichtet und in diesem bestimmt, daß der Ueberlebende von ihnen des zuerst Versterbenden einziger und alleiniger Erbe sein, und daß nach dessen Tode das alsdann noch vorhandene beiderseitige Vermögen an Joachim Brederlow, Brudersohn des Testators, und an Anna Regine Brüsewitz, Schwestertochterkind der Testatrix, welche sie als Erben des Letztlebenden einsetzen, unter der Bedingung, daß sie einander heirathen, fallen soll. In diesem Testamente sind sodann von beiden Testatoren unter andern Legaten auch dem Bauer Karl Friedrich Hohn zu Isinger, welcher unbestritten ein Schwestersohn der Testatrix ist, 250 Rthlr., fällig nach dem Ableben beider Testatoren,

Digitized by Google

ausgesetzt, und dem Legatar für den Fall des früheren Ablebens dessen eheliche Kinder substituirt.

Nach dem Tode seiner Ehefrau hat der Schulz Brederlow die Erbschaft aus dem am 27. Juli 1844 publizirten wechselseitigen Testamente angetreten, und nachdem die von ihm eingegangene zweite Ehe durch Richterspruch getrennt worden, mit Dorothee Marie Siewert die dritte Ehe geschlossen, auch in dem notariellen Ehevertrage vom 28. April 1852 das mit der letzteren während des Brautstandes erzeugte Kind Anne Marie als das seinige anerkannt.

In einem am 1. und 2. Juni 1853 errichteten Testamente hat derselbe demnächst das wechselseitige Testament vom 24. August 1841 in Ansehung seines künftigen Nachlasses unter Berufung auf § 454. II. 2. des Allg. Landrechts widerrufen, zu seinen Universalerben seine Tochter Anne Marie, sowie die in seiner dritten Ehe etwa noch erzeugten Kinder eingesetzt und denselben seine dritte Ehefrau substituirt.

Hinsichtlich der in dem früheren wechselseitigen Testamente angeordneten fideikommissarischen Substitution, die er im Betreff des Nachlasses seiner ersten Ehefrau, soweit derselbe bei seinem Tode noch vorhanden sein werde, für verbindlich erachtete, bemerkte er behufs der künftigen Auseinandersetzung, daß von dem beim Tode der ersten Ehefrau vorhanden gewesenen Vermögen bei Eingehung seiner dritten Ehe nichts mehr vorhanden gewesen sei, mit Ausschluß des bereits an seinen Bruder verkauften Bauerhofes No. 19. Groß-Schönfeld.

Endlich haben in dem zwischen dem Schulzen Brederlow und seiner dritten Ehefrau einerseits und den Erben seines Bruders Martin Brederlow und dessen Ehefrau andererseits unterm 1. April 1864 abgeschlossenen Vertrage die im mehrerwähnten wechselseitigen Testamente dem überlebenden Ehegatten fideikommissarisch substituirten Erben Joachim Bre-

Digitized by Google

derlow und dessen Ehefrau Anne Regine geb. Brüsewitz sich aller Ansprüche aus diesem Testamente an die Schulz Brederlow'schen Eheleute und deren Kinder begeben, und nach dem am 10. Oktober 1866 erfolgten Tode des Schulzen Brederlow dessen Wittwe und Kinder sich über das gemeinschaftliche Vermögen durch den obervormundschaftlich genehmigten Rezeß vom 7. und 23. Oktober 1867 dergestalt auseinandergesetzt, daß davon ½ auf die Wittwe, geb. Siewert, und ½ auf die Kinder gefallen ist.

Die Erben des Bauer Hohn verlangten klagend gegen die Erben des Schulzen Brederlow die Auszahlung des Legats, und wurden die Verklagten durch das Erkenntniß zweiter Instanz verurtheilt.

Die von den Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

Durch den Widerruf des wechselseitigen Testaments ist nach Ansicht der Wittwe Brederlow, geb. Siewert, und deren Kinder auch das dem Bauer Karl Friedrich Hohn ausgesetzte Legat weggefallen. Der Appellations-Richter ist jedoch der entgegengesetzten Ansicht beigetreten, und hat den Testator Schulzen Brederlow mit Rücksicht auf den Umstand, daß ihm Kinder nachgeboren worden, nach § 454. II. 2. des Allg. Landrechts nicht zum Widerruf der nach den §§ 492. 493. II. 1. daselbst für ihn verbindlichen Dispositionen für berechtigt erachtet. Er führt aus:

Der § 454. finde mit den in den §§ 450. 451. daselbst ausgesprochenen Folgen, daß nämlich das Testament in allen Stücken seine Kraft verliere, und den Kindern die gesetzliche Erbfolge eröffnet werde, auch in den Fällen der §§ 492. 493. II. 1. des Allgem. Landrechts nur dann Anwendung, wenn der Erblasser nach Verlauf eines Jahres sterbe, ohne in Ansehung der nachgeborenen Kinder etwas

Digitized by Google

verfügt zu haben, — wenn er also es wissentlich bei der die nachgeborenen Kinder nicht berücksichtigenden Disposition habe bewenden lassen. Diese Folge trete nur vermöge des Gesetzes ein; das letztere gebe aber dem Testator selbst nicht das Recht, seinerseits aus eigener Entschließung das Testament zu widerrufen. Er habe nur die Befugniß und die Pflicht, nachträglich eine die nachgeborenen Kinder berücksichtigende Disposition zu treffen, jedoch dem früheren wechselseitigen Testamente gegenüber nur so weit, als es die Existenz der nachgeborenen Kinder erfordere, also nur hinsichtlich der Erbeinsetzung für seinen Nachlaß.

Er habe es aber bei den nach § 492. a. a. O. unantastbaren Legaten auch hinsichtlich seines den Gegenstand des wechselseitigen Testaments mitbildenden Vermögens belassen müssen und diese nicht widerrufen dürfen. Andernfalls habe er es ohne rechtliche Wirkung gethan.

Die Verklagten, Wittwe Brederlow geb. Siewert und deren Kinder, finden in dieser Ausführung einen rechtsgrundsätzlichen Verstoß gegen die §§ 454. 450. 451. II. 2. und die §§ 492. 493. II. 1. des Allgem. Landrechts; denn die Nachgeburt von Kindern habe nach den zitirten Gesetzstellen die Wirkung, daß, sofern der Erblasser nach Ablauf eines Jahres sterbe, die gesetzliche Erbfolge eintrete; wenn also die Wirkung überhaupt eingetreten sei, daß das Testament seine Kraft verloren, dann bedürfe es nicht noch eines Widerrufes außerdem, und wenn der Erblasser ihn gleichwohl ausspreche, so könne doch dies „das ungültige Testament nicht gültig machen.“

Der Vorwurf ist ungerechtfertigt.

Verklagterseits wird die Bestimmung des § 454. a. a. O. völlig mißverstanden, wenn von ihnen daraus entnommen wird, daß das Testament des Erblassers in Folge der Nachgeburt von Kindern stets seine Kraft verliere, sofern der

Digitized by Google

Testator nach Verlauf Eines Jahres von der Geburt dieser Kinder ab versterbe.

Die gedachte Wirkung in Betreff des Testaments tritt vielmehr gesetzlich dann nicht ein, wenn der Testator, ohne in Ansehung der nachgeborenen Kinder etwas verfügt zu haben, nach Ablauf des gedachten Zeitraums verstirbt. Hat der Testator in Ansehung seiner nachgeborenen Kinder nachträglich verfügt, so kann von dem Eintritt der rechtlichen Folgen der widergesetzlichen Uebergehung, wie sie in den §§ 454. und 455. festgesetzt worden, nicht die Rede sein; es handelt sich dann lediglich darum, inwieweit diese das frühere Testament ergänzenden oder abändernden Verfügungen zu Recht bestehen oder nicht. Ein Widerruf des früheren Testaments ist durch derartige Verfügungen nicht bedingt, obschon bei einseitigen Testamenten das Recht hierzu dem Erblasser unzweifelhaft zur Seite steht.

Deshalb ist im § 454. auch nur von anderweiten Verfügungen des Erblassers, nicht aber von einem Widerrufe des früheren Testaments desselben die Rede.

Der Fall des § 454. a. a. O. liegt nun hier unter allen Umständen nicht vor. Insoweit das Testament vom 24. August 1841 als ein wechselseitiges zugleich den letzten Willen der verehelichten Brederlow, geb. Zegelin, enthält, kann dasselbe überhaupt in Folge der hier in Rede stehenden Nachgeburt von Kindern seine Kraft nicht verlieren, weil nicht ihr, sondern ihrem Fiduziarerben Kinder nachgeboren worden sind.

Die obengedachte Wirkung der Nachgeburt von Kindern kann aber auch kraft des Gesetzes in Hinsicht auf den im Testamente vom 24. August 1841 enthaltenen letzten Willen des Schulzen Brederlow nicht eintreten, weil derselbe in dem späteren Testamente vom 1. und 2. Juni 1853 anderweite Verfügungen zu Gunsten seiner nachgeborenen Kinder ge-

Digitized by Google

troffen hat. Da er demnach nicht verstorben ist, ohne in Ansehung seiner nachgeborenen Kinder etwas verfügt zu haben, so fehlt es an der Voraussetzung des § 454., und es kann dieser Paragraph in Verbindung mit den §§ 450. 451. II. 2. des Allg. Landrechts in der gerügten Weise an sich nicht für verletzt erachtet werden. Es fragt sich somit nur, inwiefern eine Verletzung der §§ 492. 493. II. 1. des Allg. Landrechts in Verbindung mit dem § 454. II. 2. daselbst vorliegt.

Die §§ 492. und 493. ordnen an:

„Nimmt er (der überlebende Ehegatte) die Erbschaft aus dem (wechselseitigen) Testamente an: so kann er auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, insofern aus der Fassung und aus den Umständen erhellt, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß in Rücksicht auf diese Verfügungen zugewendet habe."

„Dies wird hauptsächlich bei solchen Verordnungen des überlebenden Ehegatten vermuthet, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder oder der Verwandten oder besonderen Freunde des Erstverstorbenen abzielen."

Daß diese Paragraphen an sich der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Entkräftung der Testamente wegen nachgeborener Kinder auch bei wechselseitigen Testamenten, die zum Theil schon durch den Tod des einen Ehegatten und den Erbantritt des anderen in Wirksamkeit getreten sind, nicht entgegenstehen, und daß sie auch auf den Fall passen, wo der überlebende Ehegatte nach dem Tode des anderen und nach erfolgtem Erbantritte aus dem wechselseitigen Testamente in einer weiteren Ehe Kinder erzeugt hat, ist in dem in Striethorst's Archiv Bd. 54. S. 197. ff. mitgetheilten, von den Verklagten in Bezug genommenen Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 23. Mai 1864 allerdings ausgeführt. Die Ansicht der Verklagten über die Gültigkeit des hier streitigen Legats wird indeß durch diese Ent-

Digitized by Google

scheidung nicht unterstützt. Der vorliegende Fall unterscheidet sich wesentlich von dem dort entschiedenen.

Ob und inwieweit zu Gunsten der nachgeborenen Kinder die gesetzliche Erbfolge nach § 454. II. 2. des Allg. Landrechts eintreten müsse, ist hier nicht in Frage.

Die in dem wechselseitigen Testamente vom 24. August 1841 enthaltene Berufung des Joachim Brederlow, Brudersohnes des Testators, und der Anna Regine Brüsewitz, Schwestertochterkind der Testatrix, zu Erben des Letztlebenden ist durch die Entsagung derselben sowohl in Betreff des Nachlasses der verehelichten Schulz Brederlow, geb. Zegelin, als auch im Betreff des Nachlasses des Schulzen Brederlow beseitigt.

Der Widerruf des wechselseitigen Testaments wegen der Nachgeburt der Kinder des Schulzen Brederlow ist, auch was die Erbeinsetzung in den Nachlaß des Letztlebenden anlangt, ohne Anfechtung Seitens des Joachim Brederlow jun. und seiner Ehefrau, geb. Brüsewitz, in Kraft getreten; denn jene nachgeborenen Kinder sind nach dem späteren Testamente vom 1. und 2. Juni 1853 alleinige Erben ihres Vaters geworden, und haben sich durch den obervormundschaftlich genehmigten Rezeß vom 7. und 23. Oktober 1867 mit ihrer Mutter über dessen Nachlaß auseinandergesetzt, wie dies alles vom Appellations-Richter thatsächlich festgestellt worden ist. Die Frage beschränkt sich also lediglich darauf, ob die Entkräftung des wechselseitigen Testaments durch jenen Widerruf auch auf das dem Schwestersohn der Testatrix darin ausgesetzte Legat ausgedehnt werden kann.

Hierbei muß aber der verneinenden Ansicht des Appellations-Richters beigetreten werden.

Nach der unangefochtenen thatsächlichen Feststellung ist das dem Schwestersohn der verehelichten Brederlow geb. Zegelin, Karl Friedrich Hohn, in dem wechselseitigen Testamente vom 21. August 1841 beschiedene Legat von beiden

Digitized by Google

Testatoren, von der Ehefrau sowohl als von dem Ehemanne, ausgesetzt und von dem überlebenden Ehegatten aus dem beiderseitigen Vermögen zu zahlen.

Da nun, wie bereits gedacht, die letztwillige Disposition der Ehefrau durch die Nachgeburt von Kindern aus einer späteren Ehe des Ehemannes nicht berührt wird, da ferner, wie gleichfalls thatsächlich feststeht, der Ehemann die Erbschaft der Frau aus dem wechselseitigen Testamente angetreten hat, so ruht dies Legat auf dem Nachlasse des Ehemannes dergestalt, daß es gleichgültig ist, ob in dem letztern sich die von der Ehefrau vererbten Nachlaßstücke noch vorfinden oder nicht. Es ist demnach auch der von dem Schulzen Brederlow in seinem späteren Testamente berührte Umstand, daß von dem beim Tode seiner ersten Ehefrau vorhanden gewesenen Vermögen bei Eingehung seiner dritten Ehe nichts mehr vorhanden gewesen sei, als der an seinen Bruder verkaufte Bauerhof, hierbei völlig unerheblich.

Unter solchen Umständen kann aber von einem absoluten Rechte des Schulzen Brederlow zum Widerrufe des von ihm und seiner ersten Ehefrau dem Erblasser der Kläger auf das gemeinschaftliche Vermögen angewiesenen Legats auch in dem Falle nicht die Rede sein, daß dem Schulzen Brederlow in einer späteren Ehe Kinder nachgeboren worden.

Aus dem § 454. a. a. O. ist ein solches Widerrufsrecht nicht herzuleiten, da dieser Paragraph von einer hier nicht zutreffenden Voraussetzung ausgeht.

Der Appellations-Richter hat demnach durch seine den §§ 492. 493. II. 1. vollkommen entsprechende Annahme diese letzteren Paragraphen auch insoweit nicht verletzt, als sie mit den §§ 454. 450. 451. II. 2. des Allgem. Landrechts in Verbindung gebracht werden.

Digitized by Google

No. 22. — IV. Senat. Sitzung v. 7. Juli 1870.

v. Hartmann ./. Schmedding. — Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Münster.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Uebertragung des Mitbesitzes an einer gemeinschaftlichen Sache, namentlich eines Sozietätsantheils.

a. Die Uebertragung des Mitbesitzes an einer mehreren Personen gemeinschaftlich zustehenden Sache kann nur dadurch bewirkt werden, daß der von dem veräußernden Miteigenthümer wirklich ausgeübte Besitz dem Dritten wirklich übertragen wird, oder dadurch, daß die erfolgte Uebertragung des Miteigenthums an den Dritten zum Zwecke der Aufnahme desselben als Mitglied der Gemeinschaft und der Uebertragung des Mitbesitzes den übrigen Miteigenthümern bekannt gemacht wird.

b. Dies gilt auch bei der Uebertragung eines Sozietätsantheils.

A. L. R. I. **11**. §§ 445. 447., **17**. §§ 5. 9. 25. ff. 60-86. 216-219., II. **16**. §§ 258-260.; Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 98. 183. 223.; Berggesetz vom 24. Juni 1865 §§ 101. 103. 105. 106. 110.

An der einer Sozietät gehörigen Eisengießerei zu Norden, in Firma Julius Meyer & Komp., war der Kaufmann Nöllmann Sozius zu $1/6$. Mittelst Vertrages vom 6. Juli 1863 verkaufte Nöllmann seinen Antheil an den Kläger, der auch von der Gesellschaft als Sozius anerkannt wurde. Demnächst traten aber die Verklagten mit der Behauptung auf, daß Nöllmann ihnen bereits durch Vertrag vom 28. Januar 1859 seinen Sozietätsantheil verkauft und übereignet

Digitized by Google

habe. Der erste Richter erachtete jedoch die Ansprüche der Verklagten für unbegründet, der zweite Richter aber wies den Kläger ab.

Auf die von dem Kläger ergriffene Revision hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß unter Abänderung des Erkenntnisses des Appellationsgerichts zu Münster vom 25. September 1869 das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Münster vom 9. Mai 1868 wiederherzustellen.

Gründe:

Der Appellations-Richter gründet seine Entscheidung auf die Annahme:

Zur Uebertragung eines Sozietätsantheils, als eines Inbegriffs obligatorischer Verhältnisse, sei eine Cession hinreichend. Daher sei eine Uebergabe des abgetretenen Anrechts durch irgend ein Zeichen oder einen Akt zum Erwerbe des Eigenthums nicht erforderlich. Somit seien die Verklagten durch den Vertrag vom 28. Januar 1859 Eigenthümer des Nöllmann'schen Antheils geworden.

Diese Ausführung kann jedoch als eine zutreffende nicht anerkannt werden. Selbst wenn angenommen würde, daß in Bezug auf die Uebertragung von Sozietätsantheilen ohne Weiteres die im Titel von Abtretung der Rechte enthaltenen Vorschriften unmittelbar anwendbar wären, ließe sich nicht behaupten, daß in jedem Falle durch die Cession für sich allein das Recht des Cedenten mit der Wirkung auf den Cessionar übergehe, daß kein Dritter durch eine spätere Cession das Recht des Cedenten erwerben könne. Vielmehr ergeben die §§ 395—398. I. 11. des Allg. Landrechts, daß, wenn eine Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, cedirt wird, der spätere gutgläubige Cessionar, welchem das Schuldinstrument übergeben worden ist, dem früheren Cessionar gegenüber, welchem das Schuldinstrument nicht übergeben war, als Eigenthümer der Forderung gilt. Nur

Digitized by Google

im Verhältniß des Schuldners zum Cedenten ist die frühere Cession rechtsgültig.

Es können aber die im Titel von Abtretung der Rechte enthaltenen Vorschriften nicht in jeder Beziehung Anwendung finden auf die Uebereignung von Antheilsrechten und speziell auf die Uebereignung von Sozietätsantheilen.

Wenn auch in gedachtem Titel im Allgemeinen von Abtretung von Rechten gehandelt wird, so beziehen sich doch die speziellen Vorschriften auf die Abtretung von Forderungen, d. h. von solchen Ansprüchen, wo sich Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen, und die Cession bezweckt nur, das Recht des Gläubigers auf den Cessionar zu übertragen, dagegen tritt der Cessionar nicht unmittelbar in die Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, und der Gläubiger wird durch die Cession nicht von seinen Verpflichtungen liberirt.

Ein ganz anderes Rechtsverhältniß wird begründet durch die Uebertragung eines Antheilsrechtes an einer Gemeinschaft von einem Mitgliede der Gemeinschaft an einen Dritten. — Der Zweck einer solchen Uebertragung ist, den Dritten an Stelle des ausscheidenden Mitgliedes zum Mitgliede der Gemeinschaft zu machen, und zwar mit der Wirkung, daß alle Rechte und Verpflichtungen eines Mitgliedes auf den Erwerber des Antheils übergehen.

Weil es sich bei einem solchen Rechtsgeschäft nicht blos von Uebertragung von Rechten, sondern auch von Uebernahme von Verpflichtungen handelt, bestehen besondere gesetzliche Vorschriften sowohl über die Uebertragbarkeit des Antheilsrechtes als über den Akt der Uebertragung.

Erstere interessiren für den vorliegenden Fall nicht. Es ist der § 22. des Gesellschaftsvertrages vom 26. November 1858 maaßgebend. Danach steht jedem Gesellschafter das Recht zu, seinen Antheil ungetheilt zu verkaufen. Die übrigen Gesellschafter haben nur ein Vorkaufsrecht, und es ist

Digitized by Google

keineswegs, wie Kläger meint, die Anzeige wegen des Vorkaufsrechts zur kontraktlichen Bedingung des Erwerbes eines Antheils gemacht.

Anlangend den Akt der Uebertragung eines Antheilsrechts, so enthalten die Gesetze nur in Bezug auf einzelne Arten der Antheilsrechte ausdrückliche Bestimmungen, namentlich in Bezug auf Aktien und Bergwerksantheile. Soweit Aktien, Promessen und Interimsscheine auf den Inhaber lauten, wird das Antheilsrecht natürlich nur durch Uebergabe der Aktien u. s. w. übertragen. Bei Aktien, die auf Namen lauten, erfolgt die Uebertragung durch Vermerk im Aktienbuch nach Vorlegung der Aktie und Nachweisung des Ueberganges, — Art. 183. 223. des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuchs.

Kuxe wurden nach dem Allgem. Landrecht durch Eintragung in das Gegenbuch übertragen, — §§ 258—260. II. 16. des Allgem. Landrechts. Bei Kuxen, welche nach dem Berggesetz vom 24. Juni 1865 die Eigenschaft beweglicher Sachen haben, muß die schriftliche Uebertragungsurkunde nebst dem Kuxschein oder der Amortisationsurkunde dem Repräsentanten oder Grubenvorstand vorgelegt werden, und der neue Erwerber muß in das Gewerkenbuch eingetragen werden, — §§ 101. 103. 105. 106. 110. des gedachten Gesetzes.

Der leitende Grundgedanke ist: Die erfolgte Uebertragung muß den übrigen Genossen dargethan werden, und nur, soweit dies in gehöriger Form geschieht und eingetragen wird, gilt der Singularsuccessor als Mitglied der Gemeinschaft.

Bezüglich anderer Gemeinschaften gilt zunächst die Regel: In eine Gesellschaft kann ein Dritter nicht durch einseitige Uebertragung des Antheils Seitens eines Gesellschafters eintreten, sondern nur durch Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter, — §§ 216—219. I. 17. des Allgem. Landrechts.

Der zwischen den Gesellschaftern und dem Dritten ge-

Digitized by Google

schlossene Vertrag ist daher erst der Akt, welcher den Dritten zum Mitgliede der Gemeinschaft macht.

Kläger will diese Bestimmungen für den vorliegenden Fall angewendet haben, aber mit Unrecht. Denn jedem Gesellschafter gestattet der § 22. des Vertrages das Recht des Verkaufs ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Bezüglich derjenigen Gemeinschaften, in welche Dritte ohne Zustimmung der übrigen Genossen eintreten können, namentlich also bezüglich des Miteigenthums, enthalten die Gesetze, abgesehen von den hervorgehobenen Fällen, bezüglich des Aktes, durch welchen die Uebertragung des Antheilsrechts erfolgt, nur im § 5. I. 17. des Allgem. Landrechts die Bestimmung: Von den Titeln und Erwerbsarten des Miteigenthums gilt in der Regel Alles, was vom Eigenthum überhaupt verordnet ist. — Wie der Randvermerk: „Wie Gemeinschaften entstehen" ergiebt, ist dabei zunächst an die ursprüngliche Entstehung von gemeinschaftlichem Eigenthum gedacht. — Da, wo das Landrecht von der Veräußerung einzelner Antheile handelt, spricht es nur von dem Recht zur „Veräußerung, Ueberlassung, Abtretung des Anrechts," ohne sich darüber auszulassen, durch welchen Akt die Abtretung erfolgt, — §§ 60—86. I. 17. des Allgem. Landrechts, und beim Erbschaftskauf sagt es, die Erbschaft resp. ein Theil der Erbschaft könne „verkauft und einem andern gültig abgetreten werden", — §§ 445. 447. I. 11. des Allgem. Landrechts.

Der Umstand, daß das Gesetz neben anderen allgemeineren Ausdrücken sich auch des Ausdrucks „Abtretung" bedient, berechtigt aber nicht zu der Folgerung, daß die einfache Cession, Abtretung, genüge, um das Antheilsrecht an Miteigenthum auf einen Singularsuccessor mit der Wirkung zu übertragen, daß jeder spätere Singularsuccessor dem früheren Singularsuccessor nachstehen müsse; es muß vielmehr behufs Entscheidung dieser Frage auf die allgemeinen Grundsätze

Digitized by Google

von der Kollision persönlichen und dinglichen Rechts zurückgegangen werden.

Den Miteigenthümern steht nämlich das Eigenthum an der gemeinschaftlichen Sache zu. Jeder Miteigenthümer hat Anspruch auf den Mitbesitz der Sache und übt denselben in Gemeinschaft mit den übrigen Miteigenthümern entweder unmittelbar oder mittelbar aus, — §§ 25. ff. I. 17. des Allg. Landrechts.

Soll nun Miteigenthum von einem Miteigenthümer auf einen Dritten übergehen, so muß der Mitbesitz des Miteigenthümers von dem Miteigenthümer auf den Dritten übertragen werden. Erst durch solche Uebertragung wird der Dritte wirklicher Miteigenthümer, während er durch einen bloßen Vertrag mit dem Miteigenthümer nur gegen diesen einen persönlichen Anspruch auf Uebertragung des Miteigenthums erwirbt. Die Uebertragung des Mitbesitzes an einer mehreren Personen gemeinschaftlich zustehenden Sache kann aber nur dadurch bewirkt werden, daß der von dem veräußernden Miteigenthümer in Gemeinschaft mit den übrigen Miteigenthümern wirklich ausgeübte Besitz dem Dritten wirklich übertragen wird, oder dadurch, daß die erfolgte Uebertragung des Miteigenthums an den Dritten zum Zwecke der Aufnahme desselben als Mitgliedes der Gemeinschaft und der Uebertragung des Mitbesitzes den übrigen Miteigenthümern bekannt gemacht wird.

Wenn weder das Eine noch das Andere geschieht, kann der Dritte einen Mitbesitz an der gemeinschaftlichen Sache nicht erwerben, also auch nicht Miteigenthum.

Nach vorstehenden Grundsätzen ist auch der vorliegende Fall zu beurtheilen.

Gegenstand der Gemeinschaft ist die zu Norden bestehende Eisenhütte, also ein aus unbeweglichen und beweg-

Digitized by Google

lichen Sachen bestehendes gewerbliches Etablissement. Die besonderen Vorschriften über den Eintritt in eine nach § 216. I. 17. des Allgem. Landrachts zu beurtheilende Gesellschaft werden dadurch ausgeschlossen, daß jedem Gesellschafter das Recht zusteht, seinen Antheil ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter zu veräußern. Es müssen daher die allgemeinen Vorschriften über die Uebertragung eines Antheilsrechts von gemeinschaftlichem Eigenthum in Anwendung kommen, — § 9. a. a. O.

Anlangend die Verklagten, so ist ihnen weder der Mitbesitz körperlich übertragen worden, noch auch ist den übrigen Miteigenthümern die Uebertragung des Miteigenthums von Röllmann auf die Verklagten bekannt gemacht worden. Es ist vielmehr der zwischen Röllmann und den Verklagten geschlossene Vertrag vor den übrigen Miteigenthümern verheimlicht worden.

Von einer Uebertragung des Mitbesitzes durch constitutum possessorium aber kann keine Rede sein, weil nach § 2. des Vertrages vom 28. Januar 1859 Röllmann ausdrücklich angewiesen war, sich den Miteigenthümern gegenüber als Mitglied zu geriren, somit Röllmann, ungeachtet des Verkaufs seines Antheils, den ihm als Mitglied der Gesellschaft zustehenden Mitbesitz fortsetzte.

Daß der Vertrag vom 28. Januar 1859 dem Sozietätsvertrage annektirt wurde, ist unerheblich, denn darin lag keine Besitzübertragung. Die Verklagten haben also niemals Mitbesitz erworben, sind also auch nicht Miteigenthümer geworden.

Anlangend den Kläger, so hat die Beweisaufnahme Folgendes ergeben:

Am 6. Juli 1863 hatte ihm Röllmann seinen Antheil verkauft. An demselben Tage zeigte Röllmann der Gesellschaft den erfolgten Verkauf an, frug bezüglich des Vorkaufsrechts an und bemerkte: wenn dasselbe nicht ausgeübt werde,

Digitized by Google

werde er nach vier Wochen den Verkauf notariell beschließen. Die Gesellschaft erwiederte ihm, daß sie auf das Vorkaufsrecht nicht reflektire.

Unterm 24. Juli 1863 zeigte Kläger der Gesellschaft den erfolgten Kauf an. Unterm 5. August 1863 antwortete ihm die Gesellschaft, daß sie auf das Vorkaufsrecht nicht reflektire, und den Kläger als Theilnehmer der Gesellschaft anerkenne. Im Schreiben vom 5. Dezember 1863 schrieb Kläger, der Kaufvertrag stehe im Original oder in beglaubter Abschrift zu Diensten. Mittelst Schreibens vom 20. Dezember 1863 erbat sich die Gesellschaft beglaubte Abschrift des Kaufvertrages. Kläger hat demnächst den Vertrag eingesendet.

Zu dem am 6. Dezember 1863 anstehenden Gewerkentage wurde nicht der Kläger, sondern Nöllmann eingeladen, angeblich, weil die Gesellschaft zweifelhaft war, ob der Kauf wirklich zu Stande gekommen sei, zu dem nächstfolgenden Gewerkentage vom 10. Dezember 1865 wurde dagegen der Kläger eingeladen.

Dividenden sind 1863, 1864 und 1865 nicht festgesetzt, somit auch nicht gezahlt worden; dagegen sind dem Kläger die Zinsen des Einlagekapitals pro 1863, 1864 und 1865 gezahlt und später gutgeschrieben worden, wie die Zeugen aussagen.

Bei dieser Sachlage kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Kläger wirkliches Mitglied der Gesellschaft geworden ist. Die obere Leitung und Geschäftsführung war in der Hand eines Dirigenten. Derselbe übte, soweit es auf einen Besitz ankam, die Besitzrechte der Gesellschaft aus, und dadurch, daß die Gesellschaft den Kläger unterm 5. August 1863 als Theilnehmer der Gesellschaft anerkannte, übertrug sie ihm alle Rechte eines Mitgliedes der Gesellschaft, er wurde Mitbesitzer und somit auch Miteigenthümer aller zum Fond der Gesellschaft gehörigen Sachen und Rechte, — § 198. I. 17.

Digitized by Google

des Allgem. Landrechts. Er wurde somit auch gleich den übrigen Gesellschaftern in Bezug auf alle Sachen dinglich berechtigt. Daß damals die Umschreibung des Besitztitels bezüglich der zum Fond der Gesellschaft gehörigen Grundstücke noch nicht erfolgt ist, ist unerheblich, — § 200. a. a. O. Verklagte aber hatten nur ein persönliches Recht gegen Nöllmann erworben. Somit erscheint der vom Kläger erhobene Anspruch an sich gerechtfertigt, und kommt es nicht weiter auf die Verträge vom 18. August und 17. November 1866 an.

Verklagte haben nun aber eingewendet: Kläger habe bereits 1864, wie er mittelst Schreibens vom 17. Februar 1864 den Verklagten mitgetheilt, von dem Vertrage vom 28. Januar 1859 Kenntniß gehabt, habe also zum Nachtheil der Verklagten sich keine Rechte übertragen lassen. — Das Schreiben vom 17. Februar 1864 bestätigt ersteres auch.

Dieser Einwand ist jedoch danach nicht angethan, um den Erwerb von Miteigenthum Seitens des Klägers wegen mala fides auszuschließen, da gar nicht einmal behauptet ist, daß die mala fides schon früher vorhanden gewesen sei, bevor Kläger in legaler Weise Miteigenthümer geworden war

Verklagte haben ferner behauptet: Kläger sei erst auf dem Gewerkentage vom 10. Dezember 1865 nach Vorlegung des mit dem Nöllmann'schen Konkursverwalter abgeschlossenen Vertrages von den übrigen Gewerken der Firma Julius Meyer & Komp. als Mitgewerke anerkannt, die Zinsen von dem Nöllmann'schen Antheile bis zum 31. Dezember 1864 seien noch auf das Konto des Nöllmann gebucht, und dieses Konto sei erst am 20. Dezember 1865 auf den Namen des Klägers übertragen worden. Diese Vorgänge lägen also hinter der Zeit, wo Kläger von dem früheren Titel des Verklagten bereits Kenntniß erlangt habe.

Die Erheblichkeit dieser Behauptung kann dahin gestellt bleiben, weil Kläger der Erhebung des verspätet beantrag-

Digitized by Google

ten Beweises widersprochen hat, — § 35. der Verordnung vom 1. Juni 1833.

Der von den Verklagten erhobene Einwand der Simulation des Vertrages vom 6. Juli 1863 ist durch den vom Kläger geleisteten Eid widerlegt.

Verklagte haben zwar noch unter Eideszuschiebung behauptet: Nachdem die Gesellschaft erklärt hatte, von dem Vorkaufsrecht keinen Gebrauch machen zu wollen, hätten Kläger und Nöllmann sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, daß jener Vertrag unter ihnen keine Gültigkeit haben solle, auch habe Nöllmann in Folge dieser Vereinbarung und des dieserhalb vom Kläger an ihn gerichteten Schreibens vom 9. November 1863 die in seinen Händen befindliche Ausfertigung jenes Vertrages dem Kläger zurückgeschickt.

Allein, wenn auch angenommen würde, daß einen derartigen Einwand zu erheben den Verklagten zustehe, und davon abgesehen würde, daß dieser Einwand in Widerspruch steht mit der feststehenden Thatsache, daß Kläger den Vertrag jeder Zeit als bestehend erachtet hat, so steht den Verklagten doch jedenfalls entgegen, daß der Einwand ungenügend substanziirt ist, — §§ 385. ff. I. 5. des Allg. Landrechts.

Daß endlich die Gründe des vom Amtsgericht zu Norden unterm 18. Dezember 1866 gesprochenen Urtheils dem Kläger nicht entgegenstehen, bedarf keiner Ausführung.

Nach Vorstehendem mußte unter Abänderung des Appellations-Urtheils das erste Urtheil wiederhergestellt werden.

Digitized by Google

No. 23. – III. Senat. Sitzung v. 8. Juli 1870.

Gadow ./. Rüdiger. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Soldin.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt a. O.

Gerichtsstand der geführten Verwaltung; Unabhängigkeit der Dauer des dinglichen Gerichtsstandes von der Fortdauer des Besitzes.

a. Der außerordentliche Gerichtsstand wegen der unter demselben geführten Verwaltung trifft nur für die Klagen gegen den Verwalter, nicht für solche gegen den Geschäftsherrn zu.

A. G. O. I. 2. §§ 154. 155. 158.

b. Die Dauer des dinglichen Gerichtsstandes hängt nicht von der Dauer des Besitzes des Verklagten ab.

Abgesehen von dem Falle, in welchem die Klage aus dem Besitze des Grundstückes entlehnt wird, hängt der dingliche Gerichtsstand nur davon ab,

ob der Verklagte zur Zeit der den Klagegrund bildenden Handlung Gutsbesitzer war, und ob er die Handlung in seiner Eigenschaft als Gutsbesitzer damals vorgenommen hat?

A. G. O. I. 2. §§ 107-113.

Kläger war auf dem Gute des Verklagten Wirthschafts-Inspektor. Nachdem Verklagter das im Gerichtsbezirk Soldin belegene Gut verkauft hatte, nahm der Kläger ihn aus der Verwaltung wegen persönlicher Ansprüche beim Kreisgericht Soldin klagend in Anspruch, obwohl Verklagter seinen ordentlichen Gerichtsstand beim Kreisgerichte zu Sorau resp. der Gerichtsdeputation Forst hat. Der deshalb von dem

Digitized by Google

Verklagten erhobene Einwand der Inkompetenz wurde jedoch in erster und zweiter Instanz zurückgewiesen.

Die vom Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

Die Beschwerde über die Inkompetenz des Gerichts, welche ausschließlich aufgestellt worden ist, eröffnet freie Beurtheilung (Präjudiz No. 1519., Präjudizien-Sammlung I. S. 377.*). Dabei kann nur in Frage kommen, ob das Gericht erster Instanz zur Entscheidung der Sache gesetzlich berufen war? Denn der Appellations-Richter war jedenfalls kompetent, mochte die Klage bei dem Kreisgericht zu Soldin oder bei der zum Kreisgerichtsbezirk Sorau gehörigen Gerichtsdeputation in Forst anhängig gemacht sein.

Unbestritten handelt es sich um Forderungen des Klägers aus einer Zeit, in welcher er von dem Verklagten mit der Verwaltung des ihm gehörig gewesenen, vor Anstellung der Klage jedoch veräußerten, im Gerichtsbezirke des Kreisgerichts zu Soldin belegenen Rittergutes Herrendorf betraut war.

Der außerordentliche Gerichtsstand wegen der unter demselben geführten **Verwaltung** trifft nach dem deutlichen Wortinhalte der §§ 154. 155. 158. I. 2. der Allgem. Gerichts-Ordnung nur für Klagen gegen den **Verwalter**, nicht für solche gegen den **Geschäftsherrn** zu.

Davon ist man auch bei der Revision der Allgem. Gerichts-Ordnung ausgegangen, indem man den neuen Entwurf Tit. III. § 48. dahin gefaßt hat:

„Wer sich der Verwaltung fremden Guts, es sei mit oder ohne Auftrag, unterzogen hat, kann wegen aller hieraus entspringenden Ansprüche bei den Gerichten des Orts belangt werden, wo die Verwaltung geführt ist", —

(Gesetz-Revision Pensum IV. S. 29.).

* Vergl. Bd. 48. S. 88. dieses Archivs.

Digitized by Google

Derselben Ansicht hat sich Grävell in seinem Kommentar Bd. 1. S. 369. zugewendet, und wenn v. Daniels (Handbuch der Preußischen Civilrechtspflege von 1839 S. 276. Note 5.) es für zweifelhaft erachtet hat, ob die Beschränkung des forum administrationis auf Klagen gegen den Geschäftsführer bei Redaktion der Allgem. Gerichts-Ordnung wirklich bezweckt worden ist, indem er sich auf das corp. jur. Frideric. Bd. 1. Thl. IV. Tit. 2. §§ 12. und 22. bezieht, sowie darauf Gewicht legt, daß Autoren des Römisch-deutschen Rechts in dem Gerichtsstande der Verwaltung sowohl die actio contraria als die actio directa gestatten, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Denn die Fassung des corp. jur. Frideric. ist in die Allgem. Gerichts-Ordnung nicht übergegangen, und die Streitfrage nur nach dieser letzteren, nicht nach den Grundsätzen des Römisch-Deutschen Rechts (Lehrbuch des Deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses v. Martin, Aufl. 13., §§ 52. 53.) zu entscheiden. Die angeregten Zweifel müssen an den klaren Worten der Allgem. Gerichts-Ordnung (§ 46. der Einleitung zum Allg. Landrecht) umsomehr scheitern, als es sich um die Auslegung einer singulären Vorschrift über einen außerordentlichen Gerichtsstand (vergl. Margin. zu den §§ 31. ff. I. 2. der Allgem. Gerichts-Ordnung und die Einleitung des § 31. a. a. O.) handelt, welche einer strikten Auffassung zu unterwerfen ist.

Dies übersieht der Appellations-Richter, welcher das Gesetz über seinen Wortinhalt hinaus allgemein auch für die gegen den Geschäftsherrn angestellte Klage maaßgebend hält.

In dem diesseitigen Präjudiz vom 22. Mai 1869 (Archiv rc. Bd. 45. S. 271.) findet sich keine Spur einer von der vorstehenden Erörterung abweichenden Ansicht, weshalb in der Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde darauf ohne allen Grund verwiesen ist.

Digitized by Google

Dagegen muß mit dem Vorderrichter auf Grund der §§ 112. 113. I. 2. der Allg. Gerichts-Ordnung anerkannt werden, daß die Klage mit Recht in dem ordentlichen dinglichen Gerichtsstande des Gutes Herrendorf angestrengt ist.

Zwar sind lediglich persönliche Forderungen von dem früheren Verwalter des Verklagten gegen diesen geltend gemacht, und der § 111. a. a. O. beschränkt den dinglichen Gerichtsstand auf Ansprüche, denen ein dingliches Recht auf die Sache zum Grunde liegt. Allein der § 112. fügt hinzu:

„Eine Ausnahme von dieser Regel findet statt, wenn gegen den Besitzer unbeweglicher Güter eine solche persönliche Klage angestellt wird, welche aus dem Besitze des Grundstückes oder aus Handlungen fließt, die er in der Eigenschaft als Gutsbesitzer vorgenommen hat."

Der § 113. erläutert diese Vorschrift, indem er Beispiele aufstellt, die er mit den Worten: „Wenn daher ein solcher Gutsbesitzer" einleitet und unter No. 1. und 6. namentlich dahin präzisirt:

„die mit seinem Pächter oder Verwalter eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen sich weigert", oder

„wenn er das Grundstück ganz oder zum Theil veräußert und den Kontrakt nicht erfüllt oder die schuldige Gewähr nicht leistet."

Daß in dem § 112. eine Klage gegen den Besitzer vorausgesetzt wird, und die einleitenden Worte des § 113. ebenfalls von einer Handlung eines Gutsbesitzers ausgehen, berechtigt nicht zu dem Schlusse, es müsse zur Zeit der im dinglichen Gerichtsstande angestrengten Klage der Verklagte stets noch wirklicher Gutsbesitzer sein. Wenn dies von Gräve11, Kommentar Bd. 1. S. 324., in der That behauptet ist, so hat v. Daniels (a. a. O. S. 186. Note 1.) ihm mit Recht widersprochen, indem er sagt:

„Die Dauer des dinglichen Gerichtsstandes hängt nicht von der Dauer des Besitzes des Verklagten

Digitized by Google

ab, da erstere auch bei Klagen eintreten soll, welche aus Handlungen fließen, die von Jemand in seiner Eigenschaft als Gutsbesitzer vorgenommen worden sind."

Nur davon kann — abgesehen von dem Falle, in welchem die Klage **aus dem Besitze** des Grundstückes entlehnt wird — der dingliche Gerichtsstand abhängen,

ob der Verklagte zur Zeit der den Klagegrund bildenden Handlung Gutsbesitzer* war, und ob er die Handlung in seiner Eigenschaft als Gutsbesitzer damals vorgenommen hat?

Die Worte des Gesetzes mögen nicht korrekt erscheinen. Daß ihr Sinn aber kein anderer sei, folgt theils aus den in No. 1. und insbesondere in No. 6. § 113. gegebenen Beispielen, die eine Beschränkung auf die Dauer des Besitzes nicht in sich schließen, noch gestatten, theils daraus,

daß die Regel des § 112. persönliche Klagen aus Handlungen, die in der Eigenschaft als Gutsbesitzer von dem Verklagten vorgenommen sind, denen gleichgestellt hat, welche auf dem Besitze eines Grundstückes beruhen.

Bei der Revision der Allgem. Gerichts-Ordnung hat man denselben Gesichtspunkt verfolgt. Denn ohne diese abändern zu wollen, hat man die §§ 112. 113. durch den einzigen § 28. des Entwurfes wiedergegeben:

„Bei demselben Gericht (nämlich dem Gericht der belegenen Sache) können auch Klagen wegen solcher Rechte und Verbindlichkeiten angebracht werden, die aus dem Besitze eines unbeweglichen Gutes oder aus Handlungen fließen, welche der Beklagte in der Eigenschaft als Besitzer vorgenommen hat."

In dieser Eigenschaft hat der gegenwärtige Verklagte in Wirklichkeit gehandelt, als er den Kläger zum Administrator

* Wegen der Bedeutung des „Gutsbesitzers" vergl. Bd. 72. S. 78. dieses Archivs.

Digitized by Google

seines Rittergutes Herrendorf einsetzte. Wiewohl er das Gut inzwischen veräußert hat, mußte er eben deshalb die Kompetenz des dinglichen Gerichtsstandes respektiren, da die Klage auf das durch die Administration begründete Rechtsverhältniß gestützt worden ist, der dingliche Gerichtsstand auch nicht zur Vorbedingung hat, daß der Verklagte in dem Bezirke desselben betroffen werde.

Die Nichtigkeitsbeschwerde, welche dies verkennt, ist zurückzuweisen.

No. 24. — III. Senat. Sitzung v. 8. Juli 1870.

Kogge ·/· Mattern. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Uebertragung einer mehren bestimmten einzelnen Personen zustehenden Forderung unter einem Gesammtnamen.

Eine bestimmten einzelnen, in der Schuldurkunde bezeichneten Personen, z. B. den beiden Brüdern Friedrich Wilhelm und Karl Julius Zimmermann, zustehende Forderung kann nicht durch die Unterzeichnung eines Gesammtnamens, z. B. Gebrüder Zimmann, durch Giro oder Cession übertragen werden.

A. L. R. I. **5**. §§ 116. 450., **11**. §§ 376. 377. 393. 394.

Inhalts der Urkunde vom 6. Juni 1866 stand den beiden als Gläubiger benannten Brüdern Friedrich Wilhelm und Karl Julius Zimmermann eine Forderung gegen den Verklagten zu.

Unterm 15. Juni 1866 hatte Friedrich Wilhelm Zimmermann eine Abtretungserklärung für Müller mit „Gebrüder Zimmermann“ unterzeichnet. Von Müller war die For-

Digitized by Google

derung auf Kläger übertragen. Nachdem beide Gebrüder Zimmermann in Konkurs verfallen waren, erkannten sie an, daß durch die Unterschrift „Gebrüder Zimmermann" die Forderung für sie beide habe übertragen sein sollen.

Kläger forderte nunmehr die Zahlung vom Verklagten, wurde jedoch in erster Instanz abgewiesen, während er in zweiter Instanz obsiegte.

Auf die vom Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Civilsenats des Kammergerichts vom 20. Dezember 1869 zu vernichten, und das Erkenntniß des Stadtgerichts zu Berlin vom 21. Januar 1869 zu bestätigen.

Gründe:

Nachdem der Appellations-Richter — und zwar mit Recht — ausgeführt hat,

daß der Schein vom 6. Juni 1866 nicht den zufolge Art. 301. des Allg. Deutschen Handels-Gesetzbuches durch Indossament übertragbaren Verpflichtungsscheinen zugerechnet werden könne,

sagt er wörtlich:

„Die Indossamente enthalten aber eine bestimmte und deutliche Erklärung über die Abtretung der aus dem Dispositionsscheine sich ergebenden Rechte, sie sind vollständige Cessionsakte, und müssen als solche auch deshalb gelten, weil ihnen diese Bedeutung durch die Erklärungen der Aussteller vom 23. und 30. April 1868 und die gerichtlichen Auslassungen der Brüder Zimmermann und des Müller in der Verhandlung vom 12. Oktober 1868 beigelegt, und die Wirkung hiervon auf den Zeitpunkt der Ausstellung der Indossamente zurückzubeziehen ist."

Der an diesen Entscheidungsgrund angeknüpfte Angriff des Imploranten ist dann unbegründet, wenn man die Unterschrift des ersten Indossaments vom 15. Juni 1866

Digitized by Google

für eine richtige und ausreichende erachtet. Der Appellations-Richter hält die Indossamente aus zwei selbstständigen Gründen für Cessionen, einmal wegen der späteren von den Ausstellern erklärten authentischen Interpretation, dann aber auch, weil sie schon an sich den Anforderungen des Gesetzes entsprechen sollen. Dieser — (von dem Appellations-Richter vorangestellte) — letztere Grund bewegt sich durchaus in den Grenzen einer durch richterliche Auslegung gewonnenen, und als solche nicht angefochtenen Feststellung. Es liegt keine rechtsgrundsätzliche Verwechselung von Indossament und Cession vor, keine Verkennung der Natur und des wesentlichen Charakters des zur Beurtheilung vorliegenden Rechtsgeschäfts (No. 9. Instruktion vom 7. April 1839). In der Annahme des Appellations-Richters, daß die Indossamente eine bestimmte und deutliche Erklärung über die Abtretung der aus dem Dispositionsscheine sich ergebenden Rechte enthielten, hat er vielmehr das Vorhandensein der nach § 393. I. 11. des Allgem. Landrechts für ein Cessionsgeschäft erforderlichen wesentlichen thatsächlichen Momente angenommen, und es kann von diesem Standpunkte aus dahin gestellt bleiben, welche Bedeutung den späteren Anerkenntnissen beizumessen ist.

Aber es handelt sich um eine Forderung von mehr als 50 Rthlrn., über welche zudem eine briefliche Urkunde existirt, deren Abtretung (§ 394. a. a. O.) zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedurfte, und demzufolge (§ 116. I. 5. des Allg. Landrechts) diese Gültigkeit erst durch die Unterschriften erlangen konnte. Das vom Appellations-Richter für eine Cession erklärte Indossament vom 15. Juni 1866 trägt nur die Unterzeichnung:

„Gebrüder Zimmermann."

Die streitige Forderung war aber in dem Vertrage vom 6. Juni 1866 den beiden Brüdern Friedrich Wilhelm und Karl Julius Zimmermann als gemeinschaftlich Berechtigten

Digitized by Google

(correi credendi) stipulirt worden, nicht einer Firma mit obiger Benennung, welche überhaupt nicht existirt hat.

Zwar sagt der Appellations-Richter über das inhalts der Zeugenaussagen der beiden Zimmermann von Friedrich Wilhelm Zimmermann geschriebene Indossament:

„Es bezeichnet deutlich die Personen, welche als Berechtigte im Dispositionsscheine genannt sind, und nur auf diese Bezeichnung, nicht darauf kommt es an, ob die Firma: Gebrüder Zimmermann existirt nnd von dem Aussteller nach den gesetzlichen Vorschriften gebraucht werden durfte. Karl Julius Zimmermann hat sich durch die Unterschrift seines Bruders gebunden erklärt."

Diese Ausführung kann zwar insoweit als Interpretation aufgefaßt werden, als die Unterzeichnung:

„Gebrüder Zimmermann"

nach Absicht der Interessenten die in dem Dispositionsscheine vom 6. Juni genannten Gläubiger hat bezeichnen sollen. Thatsache ist es aber auch, daß das Indossament mit dem Namen keines der beiden Cedenten unterschrieben ist, und wenn der Appellations-Richter der Unterzeichnung, wie sie wirklich geleistet worden, die rechtliche Bedeutung von Namensunterschriften beilegt, und einen Uebergang des Forderungsrechts selbst dadurch vermittelt erachtet, so beruht hierin ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß gegen die als verletzt bezeichneten §§ 376. 377. 393. 394. I. 11. und die §§ 116. 450. I. 5. des Allgem. Landrechts.

Dieser Gesichtspunkt verändert sich auch nicht durch die nachträglichen, bei der Zeugenvernehmung bestätigten Anerkenntnisse der beiden Zimmermann, dahin gehend,

daß sie die Forderung an Müller cedirt, daß zur Beurkundung dessen Friedrich Wilhelm Zimmermann, zugleich in seines Bruders Auftrage, den Vermerk vom 15. Juni 1866 unter den Schein vom 6. Juni 1866 geschrieben,

Digitized by Google

und dadurch habe ausdrücken wollen, daß die Forderung dem Müller cedirt sei.

Denn zu der Zeit, wo diese Anerkenntnisse abgegeben wurden, war bereits die Eröffnung des Konkurses erfolgt. Da — wie ausgeführt — das Indossament, sowie es ursprünglich am 15. Juni 1866 abgegeben worden, für sich nicht geeignet war, das Eigenthum der Forderung an Müller zu übertragen, so verblieb dieselbe den Zimmermann'schen Brüdern, beziehungsweise den demnächstigen Konkursmassen, da nach § 1. der Konkurs-Ordnung der Konkurs sich über das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners erstreckt. — Die nachträglichen Anerkenntnisse enthielten mithin Dispositionen der Anerkennenden über ein ihrer freien Verfügung nicht mehr unterworfenes Vermögensobjekt, und der Appellations-Richter, indem er diese Anerkenntnisse bezüglich der Cession für wirksam erachtet und in ihrer Wirkung auf den Zeitpunkt des Indossaments zurückbezieht, verletzt außer den oben bezeichneten Gesetzesbestimmungen auch noch — wie Implorant mit Recht geltend macht — den § 1. der Konkurs-Ordnung.

No. 25. — I. Senat. Sitzung v. 15. Juli 1870.

Cerf ·|· Cerf. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Beschränkung des Vaters in der Verfügung über Kapitalien seiner Kinder.

Unter den Kapitalien der Kinder, über welche die Verwaltung des Vaters gesetzlich eingeschränkt ist, dergestalt, daß er darüber nicht einseitig disponiren kann,

Digitized by Google

sind auch solche zu verstehen, für welche vom Vater besondere Sicherheit (Spezialhypothek) bestellt worden.

A. L. R. II. 2. § 169.

Verklagter hat mit dem bei seiner Wiederverheirathung ermittelten Vermögen seiner minderjährigen Kinder erster Ehe zum Zweck der Sicherstellung desselben für die Kinder Hypotheken erworben, welche auf seinem Grundstück eingetragen sind. Das Vormundschaftsgericht verlangte, daß er die Hypotheken auf den Namen der Kinder umschreiben lassen und die Hypothekendokumente gerichtlich deponiren sollte. Der Verklagte verweigerte dieses. Das Vormundschaftsgericht bestellte deshalb den Kindern einen Litiskurator, welcher jenes Verlangen klagend geltend machte, jedoch in den Vorinstanzen abgewiesen wurde.

Die vom Litiskurator ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

Die Entscheidung des zweiten Richters stützt sich darauf, daß nach § 169. II. 2. des Allgem. Landrechts der Vater in der Regel über die zum nichtfreien Vermögen seiner Kinder gehörigen Kapitalien frei verfügen könne, sofern nicht seine Verwaltung darüber durch besondere Gesetze oder rechtsgültige Willenserklärungen eingeschränkt, oder ein solches Kapital den Kindern zur Sicherheit besonders verschrieben sei, daß aber im vorliegenden Falle keine dieser Voraussetzungen zutreffe.

Der Appellations-Richter führt dies dahin näher aus: daß

1. gesetzlich einestheils nicht jedes Hypothekenkapital der Kinder an sich schon resp. nicht jedes auf des Vaters Grundstücken haftende, von diesem für die Kinder erworbene Kapital ohne Weiteres

als ein den Kindern zur Sicherheit besonders verschriebenes anzusehen, anderntheils eine anderweitige Verehelichung des Vaters auf sein Verwaltungsrecht an dem unfreien Vermögen der Kinder nur insofern von Einfluß sei, als er dasselbe auf Grundstücke nach § 187. daselbst mit den Rechten einer vormundschaftlichen Kaution eintragen lassen müsse; und daß ebensowenig

2. eine vertragsmäßige Verpflichtung des Verklagten, wodurch er seinen Kindern die für sie erworbenen Kapitalien zur Sicherheit besonders verschrieben und seine Verwaltungsbefugniß eingeschränkt oder gar aufgegeben habe, in der Auseinandersetzungs-Verhandlung vom 13. Juni 1867 enthalten sei. Und zwar deshalb nicht, weil es darin an einem bezüglichen klaren Willens-Ausdruck von Seiten des Verklagten mangele, und der einseitige Verzicht des Theilungskurators auf weitere Sicherstellung der Kinder diesen Mangel umsoweniger ersetzen könne, als derselbe auf der irrthümlichen Erklärung des Verklagten beruhe, daß die Kapitalien bereits für die Kuranden eingetragen seien.

Dieser Argumentation gegenüber rügen die Imploranten, ohne ihre Angriffe näher zu spezialisiren, die Verletzung der §§ 169. 174. 187. II. 2., der §§ 402. 403. I. 11. und der §§ 73. 74. I. 4. des Allgem. Landrechts, sowie des im Plenarbeschlusse vom 11. Dezember 1846 ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes, lautend:

Unter den Kapitalien der Kinder, über welche die Verwaltung des Vaters gesetzlich eingeschränkt ist, dergestalt, daß er darüber nicht einseitig disponiren kann, sind auch solche zu verstehen, für welche vom Vater besondere Sicherheit (Spezial-Hypothek) bestellt worden;

und die Verkennung der Natur des zur Beurtheilung vor-

Digitized by Google

liegenden Rechtsgeschäfts No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839.

Letzterer Vorwurf ist gar nicht näher zu motiviren versucht. Nur dadurch, daß es in der Richtigkeitsbeschwerde heißt:

das Gesetz (§ 169. a. a. O.) setze zu seiner Anwendung immer einen besondern Willensakt, dasjenige Rechtsgeschäft voraus, durch welches das Kapital den Kindern zur Sicherheit besonders verschrieben sei, und diesen Willensakt fänden Kläger mit Bezug auf § 187. a. a. O. in dem Auseinandersetzungsvertrage vom 13. Juni 1867,

läßt sich schließen, daß dieser Vertrag als das Rechtsgeschäft gemeint sei, dessen Natur verkannt sein solle. Allein der Appellations-Richter bezeichnet die gedachte Urkunde selbst als eine Auseinandersetzungs-Verhandlung, was sie in der That ist, und er nimmt nur deshalb an, dieselbe habe vertragsmäßige Verpflichtungen für Verklagten nicht begründet,

„weil in der fraglichen Verhandlung weder von ihm die ausdrückliche Erklärung: sich seines Verwaltungsrechts an den Kapitalien seiner Kinder zu begeben, abgegeben, noch seinem Willen, die fraglichen für die Kinder erworbenen Kapitalien zu ihrer Sicherheit besonders zu verschreiben, ein klarer Ausdruck gegeben worden sei, auch die Schlußbemerkung des Kurators rc., welche überdies vom Verklagten nicht acceptirt worden, bei der objektiven Unrichtigkeit der Erklärung des Letzteren rc., in Folge deren bei Abschluß der Verhandlung der Kurator sich in einem Irrthume befunden habe, für eine andere Interpretation nicht herangezogen werden könne."

Dieser Auslegung des Inhalts der fraglichen Urkunde gegenüber kann selbstredend von einer Verkennung der Natur des zur Beurtheilung vorliegenden Rechtsgeschäfts im Sinne der No. 9. der zitirten Instruktion nicht die Rede sein.

Digitized by Google

Und wenn die Nichtigkeitsbeschwerde zur Substanziirung ihrer weiteren Rügen meint:

der in der Verhandlung vom 13. Juni 1867 gebrauchte Ausdruck: die Kapitalien seien für die Kinder eingetragen, sei ungenau, aber keineswegs aus einem Irrthum hervorgegangen, lasse sich vielmehr, weil die Kapitalien eingetragen und für die Kinder erworben gewesen seien, mit dem wahren Sachverhalte sehr wohl in Einklang bringen, weil mit Rücksicht darauf, daß nach den §§ 402. 403. I. 11. des Allg. Landrechts alle Rechte und Vorrechte des ursprünglichen Gläubigers durch die Uebertragung der Forderung auf den neuen Erwerber übergingen, nach den §§ 73. 74. I. 4. a. a. O. (die Regeln über die Auslegung unbestimmter und zweifelhafter Willensäußerungen betreffend) wohl gesagt werden dürfe, daß eine eingetragene Forderung für den Cessionar eingetragen sei, ehe noch die wirkliche Subinskription stattgefunden habe, und daß deshalb nach den §§ 169. 187. a. a. O. in dem gedachten Vertrage ein Willensakt resp. das Rechtsgeschäft, durch welches die fraglichen Kapitalien den Kindern zur Sicherheit besonders verschrieben worden, zu finden sei,

so scheitern auch diese Deduktionen an der thatsächlichen Feststellung des Appellations-Richters, sie laufen sämmtlich auf den im Nichtigkeitsverfahren unzulässigen Versuch hinaus, eine andere Interpretation der Verhandlung vom 13. Juni 1867 zur Geltung zu bringen, als diejenige, von welcher der Appellations-Richter bei deren rechtlichen Beurtheilung ausgegangen ist. Insoweit die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die oben unter No. 2. angegebene Ausführung desselben gerichtet ist, trifft daher auch der Vorwurf, daß das angefochtene Erkenntniß gegen die in den als verletzt bezeichneten Gesetzstellen enthaltenen Rechtsgrundsätze verstoße, augenscheinlich nicht zu.

Digitized by Google

Nicht minder verfehlt ist, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellations-Richter die Verletzung der §§ 169. 174. und 187. II. 2. des Allgem. Landrechts und des in dem Plenarbeschlusse vom 11. Dezember 1846 (Entscheidungen Bd. 14. S. 60., Präjudiz No. 1806.) ausgesprochenen oben allegirten Rechtsgrundsatzes vorwerfen zu können vermeint,

„weil eine Verschreibung der Kapitalien zur besonderen Sicherheit der Kinder im Sinne des § 169. schon darin liege, daß der Verklagte dadurch, daß er für seine Kinder Hypotheken, welche auf seinen Grundstücken hafteten, erworben, deren Muttererbtheil gesichert und der ihm sonst nach § 187. obliegenden Verbindlichkeit zur hypothekarischen Sicherstellung sich entledigt habe, und weil die Ansicht des Appellations-Richters, nach welcher Verklagter zwar das Muttererbtheil seiner Kinder auf seine Grundstücke eintragen zu lassen schuldig, aber befugt sei, über die seinen Kindern gehörigen auf denselben Grundstücken bereits eingetragenen Hypotheken zu disponiren, die Lage der Kinder überhaupt und zwar umsomehr zu verschlechtern drohe, je bedeutender der Betrag der für die Kinder bereits erworbenen Hypothekenkapitalien sei."

Dieser Angriff kann nach dem bisher Bemerkten nur in Betracht kommen, soweit er gegen die oben unter No. 1. angegebenen Ausführungen des Appellations-Richters gerichtet ist.

Unverständlich, auch in der Nichtigkeitsbeschwerde zu motiviren unversucht geblieben, ist zunächst die Rüge der Verletzung des § 174. a. a. O., welcher für den Fall einer blos des Nutzens wegen erfolgenden Veräußerung der zum Vermögen der Kinder gehörenden Grundstücke oder Gerechtigkeiten besondere Vorschriften über die Verwendung oder Sicherstellung des dafür gelösten Kaufgeldes enthält, also auf den hier vorliegenden Sachverhalt gar nicht paßt.

Die Ausführung des Appellations-Richters verletzt auch

Digitized by Google

keineswegs die §§ 169. und 187. a. a. O. oder den Plenarbeschluß vom 11. Dezember 1846. Seine Annahme, daß die anderweitige Verheirathung des Vaters auf sein Verwaltungsrecht an dem unfreien Vermögen der Kinder nur insofern Einfluß habe, als er, wenn er mit Grundstücken ansässig sei, das Vermögen der Kinder mit den Rechten einer vormundschaftlichen Kaution auf seine Grundstücke eintragen lassen müsse, steht im vollen Einklange mit § 187. a. a. O. Die weitere Ausführung aber, daß im Sinne des § 169. a. a. O. nicht jedes auf den Grundstücken des Vaters haftende, von diesem für die Kinder erworbene Kapital ohne Weiteres als ein denselben zu ihrer Sicherheit besonders verschriebenes zu erachten sei, findet ihre Bestätigung sowohl in den Gründen des vom Appellations-Richter in Bezug genommenen in Striethorst's Archiv Bd. 45. S. 311. abgedruckten Präjudikats vom 10. Juli 1862, als auch in den Gründen des Ober-Tribunals-Erkenntnisses vom 1. September 1859 (Entscheidungen Bd. 41. S. 238.), weil darin anerkannt ist, daß die Verwaltungs-Beschränkung des Vaters rücksichtlich der Hypothekenkapitalien der Kinder nach § 169. a. a. O. nicht auf jedes überhaupt auf den Namen der Kinder stehende Kapital sich bezieht, sondern die eigenthümlichen Fälle betreffe, daß das Kapital neben der Sicherheit, die die Eintragung gewährt, vom Vater selbst oder ihm gegenüber von einem Dritten, noch besonders zur Sicherheit verschrieben sei.* Von diesen Grundsätzen abzugehen, liegt keine Veranlassung vor, und auch der Plenarbeschluß vom 11. Dezember 1846 hat ausdrücklich solche Kapitalien der Kinder zur Voraussetzung,

„für welche vom Vater selbst den Kindern besondere Sicherheit bestellt worden."

Von einer solchen

* Vergl. Koch, Kommentar, 4. Aufl., zu § 169. II. 2. des Allgem. Landrechts Anmerkung 15.

Digitized by Google

„Verschreibung“

oder

„Bestellung besonderer Sicherheit“

kann aber dann nicht die Rede sein, wenn nichts Weiteres vorliegt, als daß, wie vom Appellations-Richter festgestellt worden ist, der Verklagte

„auf seinen Grundstücken haftende Kapitalien für seine Kinder erworben hat.“

Nicht unbemerkt kann übrigens gelassen werden, daß es sich nicht um die Frage:

ob der Verklagte gültiger Weise ohne Zustimmung des vormundschaftlichen Gerichts über die für seine Kinder erworbenen in Rede stehenden Hypothekenkapitalien zu verfügen berechtigt sei?

— daß er den Versuch dazu gemacht habe, ist auch nicht einmal behauptet, — sondern lediglich um die Fragen handelt:

ob der Verklagte schuldig sei, außer oder statt der ihm nach den §§ 187. 188. a. a. O. obliegenden Verpflichtung:

das Vermögen der Kläger auf seinen Grundstücken mit den Rechten einer vormundschaftlichen Kaution eintragen zu lassen,

die aus dem Vermögen der Kinder und für sie erworbenen, auf seinen Grundstücken eingetragenen Kapitalien im Hypothekenbuche auf den Namen der Kinder umschreiben zu lassen,

und

die sämmtlichen diesfälligen Hypotheken-Instrumente in gerichtliche Verwahrung zu geben?

Die Gründe, aus welchen der Appellations-Richter die hierauf gerichteten Anträge des den Kindern des Verklagten bestellten Litiskurators abgewiesen hat, sind, wie vorstehend gezeigt, mit Erfolg nicht angegriffen, weshalb die

Digitized by Google

Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger als unbegründet zurückzuweisen ist.

No. 26. — I. Senat. Sitzung v. 2. Sept. 1870.

Böttcher ·|· Etzdorf. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Querfurt.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Anspruch des ohne Grund entlassenen und später wieder aufgenommenen Gesindes auf Lohn und Kost für die Zwischenzeit.

Hat der Dienstherr das Gesinde ohne rechtmäßigen Grund entlassen und nimmt dasselbe später wieder auf, so ist er für die Zwischenzeit Lohn und Kost zu gewähren verpflichtet.

A. L. R. I. **5.** § 277., **11.** § 894.; Gesinde-Ordnung vom 8. Oktober 1810 §§ 160-163.

Der Kläger war vom Verklagten ohne Grund des Dienstes entlassen worden. Nach längerer Zeit und in Verfolg der polizeilichen Sühne nahm Verklagter den Kläger wieder auf. Dieser erhob Anspruch auf Lohn und Kost während der Zwischenzeit, welcher ihm auch vom zweiten Richter zugesprochen wurde.

Die vom Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

Es ist verfehlt, wenn der Appellations-Richter den Kläger nicht als Hausoffizianten, und sein Verhältniß zum Beklagten nach den allgemeinen Vorschriften von Verträgen über Handlungen der §§ 869. ff. I. 11. des Allgem. Landrechts beurtheilt. Nach den Grundsätzen des vom Appellations-Richter

Digitized by Google

angezogenen diesseitigen Urtheils ist ein Oekonomieverwalter alsdann nicht als Hausoffiziant anzusehen, wenn er nach seinem Vertrage das Gut völlig selbstständig zu verwalten hat und in keinem persönlichen Abhängigkeitsverhältnisse zum Prinzipal steht.* Diese Voraussetzungen sind vom Appellations-Richter nicht festgestellt und auch von keinem Theil behauptet. Kläger selbst hat sich als Hausoffiziant betrachtet und demgemäß nach seiner Entlassung vom Beklagten die landräthliche Vermittelung zu seiner Wiederannahme in Anspruch genommen. Allein die gedachte Auffassung des Appellations-Richters ist auf die Entscheidung selbst von keinem Einfluß, weshalb ihm eine Verkennung des Rechtsgeschäfts (No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839) und eine Verletzung der §§ 177. 186. II. 5. des Allgem. Landrechts, der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 §§ 160—163., des Art. 3. No. 1. der Deklaration vom 6. April 1839 und des § 28. I. 13. der Allgem. Gerichts-Ordnung nicht zur Last gelegt werden kann.

Der wesentliche Entscheidungsgrund des Appellations-Richters liegt in dem ebenfalls als verletzt bezeichneten § 277. I. 5. des Allgem. Landrechts, nach welchem ein Kontrahent zum Schadensersatz verbunden ist, wenn er sich in Erfüllung des Vertrages ein grobes Versehen zu Schulden kommen läßt. Dieser Fall ist nach dem Thatbestande des Appellations-Richters hier vorhanden.

Beklagter hat den Kläger ohne rechtmäßigen Grund seines Dienstes entlassen und ihn erst, nachdem er längere Zeit die auf Antrag des Klägers an ihn ergangene landräthliche Verfügung bei sich hatte ruhen lassen, nach 2½ Monaten wieder in den Dienst genommen. Er war demselben zu freier Wohnung und Kost während des Dienstes verpflichtet und hat es selbst verschuldet, daß ihm dieselbe während der Unterbrechung des Dienstes nicht gewährt ist. Die

* Vergl. Bd. 45. S. 177. dieses Archivs

Digitized by Google

§§ 160—163. der Gesinde-Ordnung, auf welche sich Beklagter bezieht, stehen dem nicht entgegen. Sie disponiren über den Fall, wenn die Herrschaft den Dienstboten ohne rechtmäßige Ursache aus dem Dienst entlassen und sich beharrlich geweigert hat, ihn in denselben wieder aufzunehmen. Alsdann soll sie schuldig sein, ihm bis zum Ablauf der Dienstzeit Lohn und Kost zu geben. Eine beharrliche Weigerung des Beklagten hat hier nicht stattgefunden, daher auch die §§ 160—163 a. a. O. wenigstens nicht direct zur Anwendung kommen. Sie schließen aber für den jetzigen Fall, indem der Beklagte den Kläger ohne Grund entlassen und nach längerer Zeit wieder angenommen hat, eine Verpflichtung zum Schadensersatz nach § 277. a. a. O. nicht aus. Von letzterem hat der Appellations-Richter eine völlig richtige Anwendung gemacht. Die Dienstverträge zwischen Herrschaft und Gesinde sind eine Art der Verträge über Handlungen, — § 894. I. 11. des Allgem. Landrechts. Weder die Gesinde-Ordnung noch der Abschnitt von Verträgen über Handlungen im Allgemeinen enthalten eine besondere Bestimmung über den vorliegenden Fall, daher auf die noch allgemeinen Vorschriften des 5. Titels von Verträgen überhaupt zurückgegangen werden muß. Es kommt auch nicht darauf an, daß hier der Dienstvertrag mündlich abgeschlossen war. Wenn schon nach der Regel des § 160. I. 5. des Allg. Landrechts aus einem mündlichen Vertrage wegen der von dem einen oder andern Theil geweigerten Erfüllung keine Entschädigung stattfindet, so war doch der Dienst vom Kläger wirklich angetreten, und dadurch gemäß § 180. II. 5. des Allg. Landrechts dergestalt bindend geworden, daß Beklagter davon nur mit Ablauf eines jeden Quartals unter Beobachtung einer sechswöchentlichen Kündigung abgehen konnte.

Die fernere Beschwerde ist ebenfalls verfehlt. Durch die ihm vom Beklagten nicht geleistete Erfüllung des Vertrages

Digitized by Google

ist Kläger genöthigt worden, sich während 2½ Monaten anderweit Wohnung und Beköstigung zu verschaffen. Er hat sie nicht durch ein anderes ähnliches Dienstunterkommen erlangt, über welchen Fall § 163. der Gesinde-Ordnung disponirt. Sie ist ihm von seinem Bruder gewährt, der dazu an sich nicht verpflichtet war und dafür Vergütung beanspruchen konnte. Hat er eine solche vom Kläger nicht gefordert, so ist dies eine Liberalität gegen seinen Bruder, die nicht den Zweck hatte, den Beklagten zu bereichern. Die Sache steht daher dem Beklagten gegenüber nicht anders, als wenn Kläger aus seinen Mitteln die Kosten für Wohnung und Beköstigung bestritten hätte.* Seine Vergütungsverpflichtung ist dadurch nicht weggefallen, daß der Bruder des Klägers die Leistung diesem geschenkt, eine Vergütung dafür erlassen hat. Auf eine Schenkung kann Beklagter, dem sie nicht geschehen, sich nicht berufen, noch hat er zu besorgen, daß der Bruder des Klägers wegen der diesem geleisteten Kost und Wohnung noch eine Forderung an ihn machen könnte, da er selbst die Leistung als eine unentgeltlich geschehene, also dem Kläger geschenkte ausgiebt.

Der Appellations-Richter, der den Einwand nicht berücksichtigt, hat dadurch weder rechtsgrundsätzlich gegen den § 1. I. 6. und den § 277. I. 5. des Allgem. Landrechts, noch prozessualisch gegen den Art. 3. No. 4. der Deklaration vom 6. April 1839 gefehlt, gegen den letztern nicht, weil die übergangene Beweisantretung über die unentgeltliche Leistung keine erhebliche war.

* Vergl. Stegemann, Rechtsprechung des Ober-Handelsgerichts, Bd. 1. S. 49.

Digitized by Google

No. 27. — I. Senat. Sitzung v. 5. Sept. 1870.

Harbke und Genossen ·|· Fiskus. — Revision.

Gericht I. Instanz: Stadt- und Kreis-Gericht in Magdeburg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Grundsteuer der mit Abgaben an den Domänen- oder Forstfiskus belasteten Grundstücke.

Das Alinea 5. des Gesetzes, betreffend die für die Aufhebung der Grundsteuerbefreiung und Bevorzugung zu gewährende Entschädigung, vom 21. Mai 1861 bestimmt über die Fälle der Alinea 2—4., wenn in den Domänen-Abgaben des Grundstücks eine Grundsteuer enthalten gewesen ist, mag letztere auch später ausgesondert sein.

Gesetz No. 5381. vom 21. Mai 1861 § 3. (Gesetz-Sammlung S. 327.)

Den Vorbesitzern der klagenden 26 Grundbesitzer zu Trustedt waren in der Erbverschenkung König Friedrich II. vom 12. Oktober 1763 die Grundstücke auf ewige Zeiten frei von allen bestehenden oder künftig aufzulegenden Steuern verliehen.

Sie erhoben gegen den Fiskus dahin Klage, ihnen von demjenigen Kapital, welches für die Ablösung des durch die Erbverschreibung vom 12. Oktober 1763 ihrem Grundbesitz auferlegten Erbzinses gezahlt, resp. nach Maaßgabe der gestellten Amortisations-Rente zu berechnen sei, denjenigen Betrag zu erstatten, welcher der in Folge des Gesetzes vom 21. Mai 1863 ihren Grundstücken auferlegten Grundsteuer entspreche.

Der erste Richter wies die Kläger ab, wogegen der zweite Richter den Fiskus verurtheilte.

Auf die von diesem eingelegte Revision hat das Ober-

Digitized by Google

Tribunal dahin erkannt: daß unter **Abänderung** des Erkenntnisses des Civilsenats des Appellationsgerichts zu Magdeburg vom 25. September 1869 das Erkenntniß des dortigen Stadt- und Kreisgerichts vom 4. Februar 1869 wiederherzustellen.

Gründe:

Ueber das nähere Sachverhältniß waltet kein Streit ob, Die Grundstücke der Kläger haben zum vormaligen Königreich Westphalen gehört und sind der dort durch das Gesetz vom 18. August 1808 —

Gesetz-Bülletin 1808 II. 499. —

eingeführten allgemeinen Grundsteuer unterworfen.

Dies Gesetz hat in den Art. 59. 60. den Besitzern der mit Renten oder beständigen Prästationen belasteten Grundstücke der Regel nach nur das Recht vorbehalten, dem Berechtigten nach Verhältniß der Grundsteuer einen Abzug zu machen. Das Westphälische Dekret vom 31. Mai 1812 —

Gesetz-Bülletin 1812 I. S. 399. —

hat hiernächst die Grundsteuer auf den fünften Theil des Reinertrages und dabei bestimmt, daß die Pflichtigen sie ganz bezahlen, aber den Prästationsberechtigten in den Fällen der Art. 59. 60. des Gesetzes vom 18. August 1808 den fünften Theil der Prästation in Abzug zu bringen berechtigt sein sollen.

Nach der Preußischen Reokkupation hat das Gesetz vom 30. Mai 1820 § 3. allgemein verordnet, daß die Grundsteuer in jeder Provinz nach den Grundsätzen und Vorschriften erhoben werden soll, welche darin gegenwärtig zur Anwendung kommen. Das Gesetz vom 25. September 1820 hat die bäuerlichen Besitzer für befugt erklärt, überall, wo die unter der Westphälischen Herrschaft eingeführte Grundsteuer noch bestehe, den Berechtigten den fünften Theil ihrer aus dem bäuerlichen Verhältnisse zu entrichtenden Leistungen und Abgaben in Abzug zu bringen. Das Gesetz vom

Digitized by Google

21. April 1825 hat wegen des Fünftel-Abzuges modifizirte Bestimmungen getroffen. Er soll nicht überall, sondern in bestimmten Fällen stattfinden, in andern der Berechtigte zur Vergütung der Grundsteuer ganz oder zum Theil verpflichtet sein.

Die Westphälische Regierung hatte die auf die klägerischen Grundstücke fallende Grundsteuer mit Rücksicht auf die ihnen verliehene Steuerfreiheit im Verwaltungswege niedergeschlagen. Nach der Reokkupation haben die Grundstücksbesitzer durch Erkenntnisse vom 12. November 1822, 29. April 1823 und 21. September 1825 die Befugniß erstritten, den ganzen Betrag der ihren Grundstücken auferlegten Grundsteuer von ihrem dem Domänen-Amte zu entrichtenden Kanon in Abzug zu bringen.

Demgemäß ist auch verfahren.

Das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 hat den Ablösungssatz für Reallasten auf den achtzehnfachen Betrag derselben, einen den Pflichtigen günstigeren als den bisherigen, festgesetzt. Im § 66. hat es den Grundsatz aufgestellt, daß bei Ablösung der Reallasten eine Ermäßigung der Abfindung wegen der dem pflichtigen Grundstücke auferlegten Grundsteuer nicht stattfinde, daß es dagegen bis zur Ausführung der Ablösung bei den gesetzlichen Bestimmungen über die Ansprüche der Verpflichteten auf eine Vergütung der Grundsteuer oder auf einen Abzug von der Leistung wegen derselben bewende.

Im Jahre 1854 provozirte Fiskus auf Ablösung des Kanons. Ein Anspruch der Besitzer der klägerischen Grundstücke, ihre Ablösungs-Rente wegen der ihnen zukommenden Vergütung der Grundsteuer zu ermäßigen, ward rechtskräftig zurückgewiesen. Durch den Rezeß vom Jahre 1855 ist die Ablösung abgeschlossen, seitdem die Grundsteuer fortentrichtet, eine Vergütung wegen derselben weggefallen.

Nach diesem Thatsächlichen treffen hier die Voraussetzun-

Digitized by Google

gen, unter denen das Gesetz 3. eine Entschädigung für aufgehobene Grundsteuerbefreiung oder Bevorzugung gewährt hat, nicht zu. Denn die Entschädigung ist, wie der § 5. des Gesetzes 1. und der § 1. des Gesetzes 3. mit deutlichen Worten aussprechen, den Besitzern der bisher, d. i. bis zur Emanation des Gesetzes befreiten oder bevorzugten Grundstücke gewährt. Es sollten daher solche Grundstücksbesitzer entschädigt werden, deren Grundstücke bis dahin von der Grundsteuer befreit oder in Ansehung derselben bevorzugt waren.

Hinsichtlich der klägerischen Grundstücke ist dies rechtlich und thatsächlich nicht der Fall gewesen. Sie sind durch das Westphälische Gesetz vom 18. August 1808 der allgemeinen Grundsteuer mit unterworfen. Die sie treffende Grundsteuer ist von der Westphälischen Regierung im Verwaltungswege niedergeschlagen, nachher wirklich entrichtet worden. Nur ein Abzug der verausgabten Grundsteuer von der Domänen-Abgabe hat stattgefunden, aber seit dem Jahre 1855, wo diese abgelöst wurde, ebenfalls aufgehört. Eine Entschädigung aus dem Gesetz 3. gebührt den Klägern nicht. Denn dies Gesetz hat es sich nicht zur Aufgabe gemacht, alle Grundbesitzer zu entschädigen, die zwar Steuerfreiheit oder Bevorzugung genossen, dieselbe aber durch eine spätere Gesetzgebung, hier die Westphälische, eingebüßt haben. In Ermangelung einer so weit gehenden Vorschrift kommt es auf die Behauptung der Kläger nicht an, daß sie rücksichtlich der ihnen in der Erbverschreibung vom Jahre 1763 verliehenen Steuerfreiheit noch nicht entschädigt seien.

Die Beurtheilung des Appellations-Richters ist eine hiervon abweichende, und achtet den letztern Gesichtspunkt als für die Entscheidung erheblich.

Er untersucht:

1. ob das den klägerischen Grundstücken in der Erbver-

Digitized by Google

schreibung vom Jahre 1763 gewährte Privilegium der Steuerbefreiung nachher beseitigt sei.

Durch verschiedene Erörterungen gelangt er zur Verneinung dieser Frage. Insbesondere behauptet er, das Recht der Kläger auf Befreiung von der Grundsteuer oder deren Erstattung sei weder durch den § 66. des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850, noch durch das den klägerischen Anspruch auf Ermäßigung der Ablösungs-Rente zurückweisende Judikat vom Jahre 1854, noch durch die in dem Rezesse vom Jahre 1855 zu Stande gekommene Ablösung des Kanons aufgehoben worden. Es müsse unterschieden werden zwischen dem gesetzlichen Anspruche der Prästationspflichtigen auf einen Beitrag des Berechtigten zu der Grundsteuer, dem sogenannten Fünftel-Abzug, und dem vertrags- oder verleihungsmäßigen Anspruch auf Steuerbefreiung gegen den Staat. Der erstere sei dadurch getilgt, daß das Gesetz vom 2. März 1850 für die Ablösung ein den Pflichtigen sehr günstiges Aequivalent, den achtzehnfachen Betrag der Abgabe, vorgeschrieben habe. Der letztere Anspruch werde dagegen von dem Gesetze vom 2. März 1850 und dessen § 66. nicht berührt und bestehe fort.

Der Appellations-Richter behauptet,

2. für den privatrechtlichen Titel auf Steuerbefreiung setze der § 3. im Absatz 5. die dem Grundbesitzer zukommende Entschädigung fest. Diese Bestimmung wäre gar nicht möglich gewesen, wenn der Rechtsanspruch auf Steuerfreiheit schon durch die in Gemäßheit des § 66. a. a. O. geschehene Ablösung der Realabgaben aufgehoben sein sollte.

In der Erwägung unter 1. hat sich der Appellations-Richter den Ansichten angeschlossen, die in dem von ihm angezogenen Urtheil des Revisions-Kollegii für Landeskultursachen —

(abgedruckt in dessen Zeitschrift Bd. 8. S. 222.) —

Digitized by Google

geäußert sind. Dieselben haben in dem ebenfalls allegirten diesseitigen Urtheil —

Entscheidungen Bd. 37. S. 150. —

eine ausführliche Beleuchtung und Widerlegung gefunden.

Von den Gründen des letzteren, auf welche Bezug genommen werden kann, abzugehen, ist keine Veranlassung vorhanden. Auf ein nochmaliges Eingehen auf die gedachte Frage kommt es überhaupt nicht an.

Der Appellations-Richter hat den von ihm hingestellten Ansichten für seine Entscheidung keine Folge gegeben. Auch Kläger hatten sich die Ansichten gedachten Urtheils des Revisions-Kollegii zu eigen gemacht und als Konsequenz die Verurtheilung des Fiskus beantragt, prinzipaliter Kläger für die ihren Grundstücken auferlegte Grundsteuer nach § 2. des Gesetzes 3. zu entschädigen, eventuell ihnen die zu zahlende Grundsteuer zu ersetzen.

Der Appellations-Richter hat aber in Widerspruch mit den Folgerungen des Revisions-Kollegii beide gedachte Anträge für unbegründet erachtet und zurückgewiesen. Er rechtfertigt seine Entscheidung durch den § 3. Alin. 5. des Gesetzes 3., den er so deutet, daß er unter den hier bestehenden Verhältnissen den Grundbesitzern eine Entschädigung in der zuerkannten Art bewillige. Liegt die Gewährung derselben in diesem Gesetze, wie der Appellations-Richter meint, so ist die von ihm gemachte Unterscheidung zwischen Entschädigung für Fünftel-Abzug und für Steuerbefreiung, sowie seine Untersuchung, ob und inwieweit die eine oder die andere durch den § 66. des Gesetzes vom 2. März 1850 geleistet sei, für die Beurtheilung der Sache nicht von Erheblichkeit.

Was aber den in dem § 3. des Gesetzes liegenden Entscheidungsgrund betrifft, so hat es mit dieser Vorschrift, wie ihre Entstehungsgeschichte noch deutlicher hervorstellt, die folgende Bewandniß.

Es ist schon erwähnt, daß das Gesetz 3. zwischen privat-

Digitized by Google

rechtlich und staatsrechtlich Exemten unterscheidet, für beide in den §§ 2. und 3. eine verschiedene Entschädigung bestimmt. Der § 3. handelt von der Grundsteuer der mit Abgaben an den Domänen- oder Forst-Fiskus belasteten Grundstücke.

Der dem Landtage eingebrachte Regierungs-Entwurf wollte ihren Besitzern bei geführtem Nachweise, daß in der Domänen-Abgabe Grundsteuer mit enthalten sei, die höhere Entschädigung der privatrechtlichen Exemten gewähren und statt derselben einen der neu aufzulegenden Grundsteuer gleichkommenden Betrag der Domänen-Abgabe erlassen. Außerdem gab er eine Norm für die beiden Fälle, wenn bereits früher eine Aussonderung der unter der Domänen-Abgabe befindlichen Grundsteuer stattgefunden hätte, und wenn die die Grundsteuer in sich begreifende Domänen-Abgabe bereits abgelöst wäre, —

Druckschriften des Abgeordnetenhauses für 1861 No. 9. S. 102. 133.

Im Abgeordnetenhause ward der § 3. des Regierungs-Entwurfs, gegen welchen die Kommission nichts erinnert hatte, ungeachtet einiger dagegen erhobenen Bedenken mit einer geringen Modifikation genehmigt, —

Druckschriften des Abgeordnetenhauses No. 62. S. 9., Stenographische Berichte 1. S. 449.

Die Kommission des Herrenhauses beanstandete in ihrem Bericht —

Drucksachen No. 91. S. 79. —

den § 3. des Entwurfes in der Beziehung, daß er den Domänenbauern allgemein Entschädigung zu dem Betrage der neu auferlegten Grundsteuer gewähre, hierin aber eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung liege, da die Domänenbauern nach dem Prinzip des Gesetzes nur die geringere Entschädigung der staatsrechtlich Exemten, also nach dem Maaße der in dem betreffenden Landestheil bis dahin landüblichen

Digitized by Google

Grundsteuer hätten. Wenn der in der Domänen-Abgabe steckende Betrag der letzteren nicht sofort erkennbar sei, so lasse er sich doch ermitteln.

Die Kommission hat in Folge der von der Regierung gegebenen Aufschlüsse, nach denen hinsichts der Grundsteuer der Domänenbauern hauptsächlich drei verschiedene Verhältnisse obwalteten, den § 3. des Regierungs-Entwurfs abgeändert und neu gefaßt, —

Druckschriften a. a. O. S. 97.

Diese neue Fassung ist in das Gesetz 3. übergegangen.

Das Alinea 1. des abgeänderten § 3. betrifft diejenigen Domainenbauern, denen ein privatrechtlicher Titel auf Befreiung oder Bevorzugung nach § 2. des Gesetzes 3. zur Seite steht. Ihnen wird statt der Entschädigung ein dem Betrage der neu festgestellten Grundsteuer entsprechender Theil der Domänen-Abgabe erlassen.

In derselben Art wird nach Alinea 2. verfahren, wenn erweislich in der Domänen-Abgabe eine Grundsteuer enthalten, und diese nicht auf den Betrag der bisher in dem betreffenden Landestheil landüblichen Grundsteuer beschränkt gewesen ist.

Das Alinea 3. bestimmt über einen dritten, von dem zweiten nur darin verschiedenen Fall, daß sich der Nachweis der in der Domänen-Abgabe enthaltenen Grundsteuer auf den Betrag der landüblichen führen läßt. Alsdann wird ein der landüblichen Grundsteuer entsprechender Betrag der Domänen-Abgabe, der nur den Betrag der neu aufzulegenden Grundsteuer nicht übersteigen darf, erlassen.

Alinea 4. giebt eine Regel für den nach dem Kommissionsbericht häufig vorgekommenen Fall, wenn die Grundsteuer ursprünglich landüblich veranlagt und getrennt von der Domänen-Abgabe erhoben; nachher mit letzterer zusammengeworfen, später von ihr wieder ausgesondert ist. Alsdann soll es darauf ankommen, ob die ausgesonderte Grund-

Digitized by Google

steuer hinter dem durch die vorbestimmten Grundsätze sich ergebenden Betrag zurückbleibt, und wegen des zu wenig ausgesonderten Betrages nach diesen Grundsätzen verfahren werden.

Das letzte vom Appellations-Richter angewendete Alin. 5. verordnet:

Sind jedoch Domänen-Abgaben der gedachten Art bereits vollständig oder bis auf einen die vorbezeichneten Steuer-antheile nicht erreichenden Betrag abgelöst, so wird dem Besitzer derjenige Theil des gezahlten, beziehungsweise nach der gestellten Amortisations-Rente zu berechnenden Ablösungskapitals zurückerstattet, welcher der in der vorgedachten Art festgestellten Grundsteuer entspricht.

Nach dem klaren Wortlaut und dem ganzen Zusammenhange kann wenigstens darüber kein Zweifel bestehen, daß das Alinea 5. über die Fälle der Alinea 2—4. bestimmt, wenn in den Domänen-Abgaben des Grundstücks eine Grundsteuer enthalten gewesen ist, mag letztere auch später ausgesondert sein.

Diese Voraussetzung ist evident hier nicht vorhanden.

Die abgelöste Domänen-Abgabe ist den klägerischen Grundstücken durch die Erbverschreibung vom Jahre 1763, die Grundsteuer durch das Westphälische Gesetz vom 18. August 1808 auferlegt. Daß beide jemals verschmolzen gewesen sind, ist gar nicht behauptet. Es gehören daher die klägerischen Grundstücke nicht zu denen, die zum zweiten Male mit Grundsteuer belegt sind, nachdem eine auf ihnen ruhende ältere zur Ablösung gelangt ist. Außerdem gewährt das Gesetz 3. in den bestimmten Fällen Entschädigung für die durch das Gesetz 1. solchen Grundstücken auferlegte Grundsteuer, die bisher aus privatrechtlichem Titel befreit oder bevorzugt waren.

Auch diese Voraussetzung trifft nicht zu, da die klägerischen Grundstücke durch das Westphälische Gesetz vom Jahre

Digitized by Google

1808 der allgemeinen Grundsteuer unterworfen sind und sie seitdem auch getragen haben. Ein Anspruch auf Entschädigung für eine durch die Westphälische Gesetzgebung eingeführte Grundsteuer läßt sich aus dem Gesetz vom 21. Mai 1861 nicht herleiten und kommt demnach den Klägern jetzt auch wegen der Grundsteuer, mit denen ihre Grundstücke durch dieselbe belastet sind, auf Grund der Bestimmungen im § 5. a. a. O. nicht zu.

Der Appellations-Richter hat die Vorschrift des Alinea 5. mißverstanden, und davon eine Anwendung auf einen nicht passenden Fall gemacht.

Seine Entscheidung hat deshalb abgeändert, und die Abweisung der Kläger, auf welche der erste Richter erkannt hatte, wiederhergestellt werden müssen.

No. 28. — IV. Senat. Sitzung v. 8. Sept. 1870.

Lange ·/· Lübbecke. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Lübbecke.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Paderborn.

Banknoten, Pfandbriefe und Inhaberpapiere als Sachen; Uebertragung derselben, namentlich auch der außer Kurs gesetzten Inhaberpapiere durch Kauf.

a. Banknoten, Pfandbriefe und andere unter öffentlicher Autorität ausgegebene Inhaberpapiere sind für Sachen im engeren Sinne zu erachten, und daher nicht durch Cession, sondern nur durch Kauf veräußerbar.

A. L. R. I. 2. § 3.

b. Die rechtliche Natur des Inhaberpapiers als einer Sache im engeren Sinne — im Gegensatz zu

Digitized by Google

einem bloßen Forderungsrecht — wird durch die einstweilige Außerkurssetzung und die mit dieser in Betreff der Vindikation verknüpften rechtlichen Folgen nicht alterirt.

A. L. R. I. 15. § 47.; Einführungsgesetz zum Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 15.; Allgem. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 306. 307.; Gesetze vom 16. Juni 1835 (Gesetz-Samml. S. 133.), vom 4. Mai 1843 (Gesetz-Sammlung S. 177.) und vom 4. Mai 1843 (Gesetz-Sammlung S. 179.); Verordnung vom 16. August 1867 (Gesetz-Sammlung S. 1457.).

Der Exekutor Krömer hatte durch Deposition eines Staatsschuldscheins über 100 Rthlr. seine Amtskaution bestellt. Nach Beendigung des Amtsverhältnisses verlangte Kläger auf Grund einer Cession und des ihm von Krömer ausgehändigten Depositionsscheins die Herausgabe des Staatsschuldscheins. Die verklagte Salarienkasse brachte jedoch wegen Kostenforderungen an Krömer Arrest auf den Staatsschuldschein aus und widersprach der Herausgabe an Kläger. Die hiergegen gerichtete Klage des Klägers wurde in den Vorinstanzen abgewiesen, weil lettres au porteur nur durch Titel und Uebergabe, nicht aber durch Cession übertragen werden könnten, wobei die Außerkurssetzung unerheblich sei.

Die vom Kläger ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden

Gründen:

Zu 1. der Einführungsschrift. Der Ausführung des Appellations-Richters, daß zur Uebertragung von lettres au porteur nicht die Cession, sondern der Kauf ein geeigneter Uebertragungstitel sei, tritt Implorant an sich nicht entgegen, er giebt selbst zu, daß, wenn der den Gegenstand des Rechtsstreits bildende Staatsschuldschein von dem Eigenthümer selbst außer Kurs gesetzt worden wäre, hieraus die

Digitized by Google

Zulässigkeit der Veräußerung desselben mittelst Cession nicht würde hergeleitet werden können. Er hält diese aber aus dem Grunde für statthaft, weil der Staatsschuldschein von dem Depositorium des Kreisgerichts zu Lübbecke, also von einer öffentlichen Behörde, außer Kurs gesetzt worden sei.

Hierin ist ihm jedoch nicht beizutreten. Die Außerkurssetzung eines Inhaberpapiers äußert — ihrem Zwecke entsprechend — ihre Wirksamkeit ausschließlich in Bezug auf die Vindikabilität des Papiers. Während die nicht außer Kurs gesetzten auf jeden Inhaber lautenden Papiere im Allgem. Landrecht — § 47. I. 15. des Allgem. Landrechts — wie auch in anderen Partikulargesetzen und übereinstimmend damit im Art. 306. 307. des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuchs dem baaren Gelde und ähnlichen Gegenständen, rücksichtlich deren die allgemeinen Regeln von der Verfolgung des Eigenthums auch gegenüber dem redlichen Besitzer im Interesse des öffentlichen Verkehrs eine Ausnahme erleiden müssen, gleichgestellt sind, sollen doch sowohl nach dem allegirten § 47., als nach dem Art. 15. des Einführungsgesetzes zum Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch jene Ausnahmebestimmungen außer Anwendung bleiben, also die generellen Prinzipien über die Vindikabilität von Eigenthum an Sachen wieder zur Geltung kommen, so lange das Werthpapier außer Kurs gesetzt ist — eine Bestimmung, die ihren nahe liegenden Grund darin hat, daß derjenige, welcher die mit dem Papier vorgegangene Veränderung durch den darauf befindlichen Vermerk bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wahrzunehmen Gelegenheit hat, sich auf die Eigenschaft desselben, als einer lettre au porteur, dem Eigenthümer desselben gegenüber nicht soll stützen dürfen.

Jene Vorschriften lassen aber die hier vorliegende Frage: mittelst welchen Rechtsgeschäfts das Eigenthum an einem außer Kurs gesetzten Inhaberpapier zu übertragen sei, gänzlich unberührt. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht von

Digitized by Google

den jeweiligen Seitens des Eigenthümers der lettre au porteur zum Schutze seines Eigenthums getroffenen Vorsichtsmaßregeln, vielmehr von der rechtlichen Natur, welche dem Inhaberpapier als solchem beiwohnt, abhängig. In dieser Beziehung ist aber in Erkenntnissen des Ober-Tribunals mehrfach, insbesondere in dem vom Appellations-Richter erwähnten, S. 154. Bd. 17. der Entscheidungen abgedruckten Urtheil vom 7. April 1848 nachgewiesen, daß Banknoten, Pfandbriefe und andere unter öffentlicher Autorität ausgegebene Inhaberpapiere für Sachen im engern Sinne — § 3. I. 2. des Allgem. Landrechts — zu erachten, und daher nicht durch Cession, sondern durch Kauf zu veräußern seien. Es ist dafür geltend gemacht, daß ihnen nach ihrer Bestimmung, ohne Förmlichkeit im Publikum umzulaufen, eine Selbstständigkeit beiwohne, vermöge deren sie Gegenstand eines dauernden Rechts seien, daß sie daher nicht, wie andere Schuldinstrumente, als bloßes Beweismittel eines Forderungsrechts, sondern als der Gegenstand, woran das Forderungsrecht hafte, zu betrachten seien. Hiermit übereinstimmend, behandelt auch Kuntze — Lehre von den Inhaberpapieren, Leipzig 1857. S. 703. — derartige Papiere lediglich als mittelst Verkaufs zu übertragende Sachen, und auch Renaud spricht sich Seite 417. Band V. der Kritischen Ueberschau der Deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Münster 1857) dahin aus, daß alle aus dem Wesen der Cession folgenden oder derselben sonst eigenthümlichen Bestimmungen auf die Inhaberpapiere keine Anwendung fänden — die Succession in das Forderungsrecht mittelst Succession in das Eigenthum des Papiers geschehe. Die rechtliche Natur eines Inhaberpapiers als einer Sache im engern Sinne — im Gegensatze zu einem bloßen Forderungsrechte — kann aber durch die einstweilige Außerkurssetzung und

Digitized by Google

die mit dieser in Betreff der Vindikation geknüpften rechtlichen Folgen um so weniger alterirt werden, als das nach den obgedachten Vorschriften mit der Außerkurssetzung für den Eigenthümer verknüpfte Recht der Vindikation nach dem Rechtssysteme gleichfalls Eigenthum an einer Sache, nicht an einem obligatorischen Rechte, voraussetzt. Endlich würde auch ein rechtlicher Gesichtspunkt nicht zu finden sein, von welchem aus es sich rechtfertigen ließe, das Eigenthum an einem von dem Besitzer selbst außer Kurs gesetzten Werthpapiere — mit dem Imploranten — nur durch Kauf, dagegen an einem solchen, das von einer öffentlichen Behörde außer Kurs gesetzt worden, mittelst Cession übertragen zu lassen. Es ist auch aus den vom Imploranten als durch Nichtanwendung verletzt bezeichneten Gesetzen für diese seine Ansicht nichts herzuleiten. Die §§ 376. und 393. I. 11. des Allgem. Landrechts enthalten nur die Definition eines Cessionsvertrages und die Bestimmung, daß durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht als sein eigenes ausüben solle, und durch die Annahme dieser Erklärung das Eigenthum des Rechts auf den neuen Inhaber übergehe; die §§ 47. und 48. I. 15. daselbst betreffen, wie erwähnt, ausschließlich die Vindikation, und der § 1. des Gesetzes vom 16. Juni 1835 „wegen des Außer- und Wiederinkurssetzens der auf jeden Inhaber lautenden Papiere" verordnet nur, daß Privatvermerke auf solchen Papieren für das betreffende Institut keine Wirkung haben, während er im Uebrigen auf die vorerwähnten §§ 47. ff. I. 15. des Allgem. Landrechts verweist. Der vom Imploranten formulirte Rechtsgrundsatz findet, wenn er ein Mehreres ausdrücken soll, als daß das Papier für die Dauer der Außerkurssetzung auch von redlichen Besitzern vindizirt werden könne, in obiger Ausführung seine Widerlegung.

Von den Gesetzen, die der Appellations-Richter durch

Digitized by Google

unrichtige Anwendung nach Inhalt der Richtigkeitsbeschwerde verletzt haben soll, hat derselbe nur die §§ 1. und 2. des Gesetzes vom 4. Mai 1843 und den § 66. I. 7. des Allgem. Landrechts in Bezug genommen. Wenn aus der Hinweisung des Richters auf den in den erstern beiden Paragraphen gemachten Unterschied zwischen einer im Interesse der Behörde und einer für eine Privatperson erfolgten Außerkurssetzung geschlossen werden könnte, daß der Richter im letztern Fälle die *Cession* für das geeignete Uebertragungsmittel erachte, so würde diese Ansicht aus den oben entwickelten Gründen, und da die beiden Paragraphen des Gesetzes vom 4. Mai 1843 ausschließlich von der *Befugniß* zur Wiederinkurssetzung handeln, zwar für richtig nicht gelten können, sie würde aber, da sie auf die Entscheidung ohne Einfluß geblieben ist, dem Imploranten um so weniger Anlaß zur Beschwerde geben, als er mit derselben einverstanden ist, und nur über dieselbe noch hinausgeht. Den für den Richter entscheidenden Grund spricht derselbe dahin aus:

daß der in Rede stehende Staatsschuldschein nur durch Kauf, verbunden mit Uebergabe, rechtsgültig hätte übereignet werden können.

Wie derselbe hierdurch gegen den § 66. I. 7. des Allgem. Landrechts, welcher davon handelt, unter welchen Voraussetzungen eine Uebergabe für vollzogen erachtet werden solle, verstoßen haben könnte, ist nicht erkennbar. Die übrigen, nach der Behauptung des Imploranten verletzten Gesetze hat der *erste* Richter zur Unterstützung seiner vom Appellations-Richter in Bezug genommenen Ausführung, daß Staatsschuldscheine mittelst Kaufs zu übertragen seien, die Essentialien eines solchen aber nicht vorlägen, allegirt; gegen diese Ausführung ist aber vom Imploranten nicht angekämpft, vielmehr findet derselbe die Rechtsverletzung nur darin, daß die Außerkurssetzung des Staatsschuldscheins für unerheblich erachtet worden sei.

Digitized by Google

Zu 2. Der Appellations-Richter führt weiter aus:
es sei ohne Grund, wenn Kläger Gewicht darauf lege, daß die Ehefrau Krömer — Bevollmächtigte ihres Ehemannes, resp. Cedentin des Klägers — ihn für berechtigt erklärt habe, den Staatsschuldschein vom Kreisgerichte zurückzufordern und darüber zu quittiren. Hierdurch würde — sagt er — die Legitimation zur Empfangnahme dem Depositorio gegenüber allerdings für den Kläger erbracht, nicht aber über sein Eigenthum an dem Schuldschein etwas entschieden worden sein.

Diesen Gründen gegenüber führt Implorant aus:
da Fiskus aus der Amtsverwaltung des Krömer Ansprüche auf die Kaution nicht geltend zu machen habe, müsse er den Staatsschuldschein dem Kläger herausgeben, gleichviel, ob Krömer Eigenthum an demselben habe oder nicht. Dies Recht — auf Herausgabe — habe Kläger durch die Notariatsurkunde vom 22. November 1868 erlangt, und hiervon habe Fiskus, als Inhaber des ihm verpfändeten Staatsschuldscheins, schon am Tage nach Errichtung jener Urkunde Kenntniß erlangt. Der erst am 24. Februar 1869 auf die Kaution gelegte Arrest sei daher dem Kläger gegenüber nicht zu berücksichtigen. Implorant hält deshalb die Natur und den wesentlichen Charakter des Rechtsgeschäfts für verkannt und die §§ 393. 402. 413—415. I. 11., die §§ 171. 172. I. 20. des Allgem. Landrechts und die Vorschriften unter No. 1a. und b. und unter No. 2. der Allerhöchsten Kabinetsordre vom 15. April 1837 für verletzt.

Die Deduktionen des Imploranten widerlegen aber den in dem Vorstehenden mitgetheilten Grund des Appellations-Richters nicht. Kläger hat seinen Antrag auf Zurückweisung der Ansprüche der verklagten Salarienkasse ausschließlich darauf gestützt, daß ihm der streitige Staatsschuldschein cedirt worden sei. Er verfolgt also durch seine Klage Eigenthumsansprüche an demselben und hat dies in der Replik noch

Digitized by Google

besonders durch den Beweisantritt darüber, daß er Gläubiger des Krömer gewesen sei, und durch Annahme des Eides zu erkennen gegeben, der ihm von der Verklagten darüber zugeschoben worden war, daß die Cession nicht bezweckt habe, das Eigenthum an dem Staatsschuldschein auf ihn zu übertragen. Diesem Klagefundament entsprechend, geht der Appellations-Richter mit Recht davon aus, daß, selbst wenn Kläger von der Mandataria des Krömer zur Zurückforderung des Staatsschuldscheins und Quittirung über denselben für berechtigt erklärt worden sei und dadurch zur Empfangnahme desselben legitimirt werde, hierdurch doch über sein Eigenthum so wenig etwas entschieden werde, wie in jedem andern Falle derjenige, welcher ermächtigt werde, die Sache eines Andern bei einem Dritten in Empfang zu nehmen, dadurch allein das Eigenthum dieser Sache erwerbe. In dieser Argumentation kann weder ein Verkennen der Natur des Rechtsgeschäfts, noch ein Verstoß gegen die vom Imploranten als verletzt bezeichneten Gesetze gefunden werden.

Hiernach hat die Nichtigkeitsbeschwerde erfolglos bleiben müssen.

No. 29. — III. Senat. Sitzung v. 9. Sept. 1870.

Lehmann ·|· Bullrich. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Schlochau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Anspruch des Adjudikatars auf das zur Zeit der Einleitung der Subhastation verkaufte aber räumlich nicht getrennte Inventar.

Der Adjudikatar kann das zur Zeit der Einleitung der Subhastation, wenngleich verkaufte aber

Digitized by Google

räumlich nicht getrennte Inventar, welches erst später entfernt worden ist, zurückfordern.

A. L. R. I. 2. § 60., 11. §§ 81. 83. 194., 20. §§ 443. 445. 446.; A. G. O. I. 52. § 12.

Der Gutsbesitzer Hammer hat in der am 1. Dezember 1866 eingeleiteten nothwendigen Subhastation durch den Zuschlagsbescheid vom 7. April 1868 das Rittergut Woltersdorf No. 7. gekauft.

Der Besitzer des letzteren, der Rittmeister v. Hövell, hatte bereits durch den Vertrag vom 27. Mai 1866 das Inventarium des demnächst subhastirten Gutes an seine Ehefrau verkauft und übergeben. Die letztere war während der Subhastation Pächterin des Gutes, auf welchem auch das erkaufte Inventarium blieb, bis ein Theil desselben von der Frau v. Hövell durch den Vertrag vom 26. Februar 1868 an den Verklagten verkauft und übergeben wurde. Der Adjudikatar macht auf Grund des Zuschlages Eigenthumsansprüche auf jenes an den Verklagten verkaufte Inventarium, und hat diese Ansprüche durch die Cession vom 25. Juli 1868 an den Kläger abgetreten. Der letztere verlangt von dem Verklagten die Rückgewähr resp. Erstattung des Werthes desselben.

Der Appellations-Richter hat den Kläger mit seinem Anspruche abgewiesen, weil das Inventarium schon vor der Einleitung der Subhastation verkauft und übergeben sei, dadurch aber seine Pertinenz-Eigenschaft zu dem Gute verloren habe, daher nicht Gegenstand des Verkaufes gewesen und mit dem Gute nicht auf den Adjudikatar übergegangen sei.

Auf die vom Kläger ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Marienwerder vom 9. Dezember 1869

Digitized by Google

zu vernichten, das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Schlochau vom 19. Februar 1869 aufzuheben, und die Sache zur weiteren Ermittelung und demnächstigen anderweiten Entscheidung in die erste Instanz zu verweisen.

Gründe:

Die Nichtigkeitsbeschwerde legt dem Appellations-Richter eine

Verletzung des § 60. I. 2., der §§ 81. 83. 194. I. 11., der §§ 443. 445. 446. I. 20. des Allg. Landrechts und des § 12. I. 52. der Allg. Gerichts-Ordnung

zur Last. Und diese Beschwerde ist begründet.

Die auf die allgemeinen Grundsätze über die mittelbare Erwerbung des Eigenthums gestützte Ausführung des Appellations-Richters greift nur Platz, wenn es sich um den Erwerb des Eigenthums in den Formen des freiwilligen Verkaufes handelt. Bei der nothwendigen Subhastation kommen die Rechte der Hypothekengläubiger in Betracht, und äußern ihre Wirkung auch auf die materielle Natur und die Rechtsfolgen des Veräußerungsgeschäftes.

Das Hypothekenrecht der Gläubiger erstreckt sich auf das ganze verpfändete Grundstück, und auf alle zur Zeit der richterlichen Exekution von dem Grundstücke räumlich nicht getrennten beweglichen Pertinenzstücke, —

§§ 443. 445. I. 20. des Allg. Landrechts, Plenarbeschluß vom 10. Juli 1837 (Entscheidungen Bd. 2. S. 383.).

Die Gläubigerschaft sucht bei der nothwendigen Subhastation, als einem Akte der Rechtshülfe, ihre Befriedigung aus dem Pfandobjekte, und stellt das letztere zu diesem Endzwecke, wenn nicht besondere Modalitäten eine Ausnahme begründen, in demjenigen Umfange zur Lizitation, in welchem es sich zur Zeit der Einleitung der Subhastation befunden hat.

Spätere Einwirkungen und Abverkäufe, welche zum Nach-

Digitized by Google

theile der Gläubigerschaft gereichen, sind daher durch die mit der Subhastation verbundene und durch die Eintragung des Subhastationsvermerkes angezeigte Beschlagnahme des Grundstückes untersagt und unstatthaft.

In jenem Umfange, mit dem auf dem Gute befindlichen, von letzterem daher — wenngleich verkauft — aber räumlich nicht getrennten Inventarium haben auch die Gläubiger des Rittergutes Woltersdorf das letztere zum Verkaufe gestellt und dem Adjudikatar gegenüber, insofern nicht besondere Bedingungen gestellt worden sind, die Vertretungspflicht übernommen.

Jenes Recht und diese Pflicht geben den Gläubigern aber ein Rückforderungsrecht in Ansehung derjenigen Pertinenzstücke, welche nach Einleitung der Subhastation durch unberechtigte Entfernung vom Gute ihnen und dem Adjudikatare entzogen worden sind. Dieses Zurückforderungsrecht kann aber in voller Selbstständigkeit auch von dem Adjudikatar geltend gemacht werden, da derselbe durch den Zuschlag in Ansehung des Gutes und aller Zubehörungen in die Rechte der veräußernden Gläubiger getreten ist. Jene Ansprüche verfolgt in dem gegenwärtigen Prozesse der Cedent des Adjudikatars.

Der Appellations-Richter, welcher das Klagerecht des letzteren verneint, hat daher die Vorschriften der §§ 443. 445. I. 20. des Allgem. Landrechts rechtsirrthümlich angewendet, und dieser Rechtsirrthum führt, ohne daß es auf die übrigen Angriffspunkte weiter ankommt, zur Vernichtung seines Erkenntnisses.

In der Sache selbst ist durch diese Entscheidung erst das abstrakte Klagerecht des Klägers festgestellt. Im Uebrigen muß die Instruktion der Sache nach dem Streitinhalte und die demnächstige anderweite Entscheidung erfolgen. Zu diesem Endzwecke war die Sache in die erste Instanz zurückzuweisen.

Digitized by Google

No. 30. – I. Senat. Sitzung v. 12. Sept. 1870.

Brehmer ./. Brehmer. — Revision.

Gericht I. Instanz: Kreisgerichts-Deputation in Cölleda.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Rückgewähr rücksichtlich der von der Ehefrau eingebrachten verbrauchten Sachen.

a. Die §§ 559—561. II. 1. des Allg. Landrechts passen nicht auf die von der Frau eingebrachten Erndtevorräthe, oder überhaupt auf diejenigen Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder ihren gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können.

b. Die Vorschriften der §§ 173. 174. I. 21. sind auch für den maritalischen Nießbrauch und die Vermögensauseinandersetzung nach dessen Beendigung maaßgebend.

A. L. R. I. 21. §§ 173. 174., II. 1. §§ 559-561.

Die Klägerin war Besitzerin eines Bauergutes, als sie sich mit dem Erblasser der Verklagten verheirathete. Bei der Auseinandersetzung über den Nachlaß ihres verstorbenen Ehemannes forderte sie von den Verklagten Erstattung des Werthes der Erndtevorräthe, welche bei Eingehung der Ehe vorhanden gewesen waren, nach den Marktpreisen. Der Appellations-Richter hat ihr diesen Werth zugesprochen, und diese Entscheidung ist auf die von den Verklagten eingelegte Revision bestätigt.

Gründe:

Verklagte haben auf Grund der §§ 559. ff. II. 1. des Allg. Landrechts geltend gemacht, daß die fraglichen Früchte

Digitized by Google

nicht erstattet verlangt werden könnten, weil sie während der Ehe verzehrt und bei deren Trennung durch den Tod des Erblassers nicht mehr vorhanden gewesen wären.

Die §§ 559—561. a. a. O. verordnen über die Rückgewähr rücksichtlich der von der Frau eingebrachten Mobilien. Sie nimmt diejenigen Stücke zurück, die erweislich zur Zeit der getrennten Ehe vorhanden gewesen, oder an der Stelle nicht mehr vorhandener angeschafft sind. Der Mann ist ferner zu einer Schadloshaltung für solche Stücke verbunden, die durch seinen Vorsatz oder sein grobes Versehen vernichtet, veräußert oder verringert sind.

Es liegt dem die Absicht zu Grunde, daß Entwerthungen und Werthsverminderungen eingebrachter Sachen, die durch deren gewöhnlichen Gebrauch, ihre Abnutzung oder Zufall, ohne grobes Versehen des Mannes entstehen, das Vermögen der Frau, nicht des Mannes treffen sollen, —

Bornemann, System Bd. V. S. 155.

Die obigen Vorschriften betreffen Mobilien, worunter nach der Legaldefinition § 18. I. 2. des Allgem. Landrechts Möbel, Hausrath und Geräthschaften zu verstehen sind. Sie mögen nicht unbedingt auf diese Gegenstände zu beschränken sein und sind in einem speziellen Falle auf Pferde angewendet, die während der Ehe an die Stelle eingebrachter und gefallener angeschafft waren. Allein sie passen nicht auf die streitigen Erndtevorräthe. Denn diese gehören zu den fungiblen Sachen oder, wie sie § 120. I. 2. des Allgem. Landrechts erklärt, denjenigen, welche ohne ihre Zerstörung oder ihren gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können. An ihnen findet der sogenannte quasi ususfruct statt, der nach § 121. daselbst die Bedeutung hat, daß wenn die Sache einem Andern zum Verbrauch vergönnt ist, die Wiedererstattung in Sachen von gleicher Gattung und Güte erfolgt.

Dem entsprechend verordnet der § 173. I. 21. des Allgem.

Digitized by Google

Landrechts, daß wenn verbrauchbare Sachen zum Nießbrauch gegeben sind, ebenso viel Sachen von gleicher Beschaffenheit zurückgegeben werden müssen, wovon im § 174. nur die hier nicht zutreffende Ausnahme gemacht ist, sofern nicht der Wille des Bestellers erhellt, daß die nämliche Sache in dem Stande, wie sie sich bei beendetem Nießbrauch befindet, zurückgewährt werde.

Diese Vorschriften sind auch für den maritalischen Nießbrauch und die Vermögensauseinandersetzung nach dessen Beendigung maßgebend, da rücksichtlich desselben nichts Abweichendes bestimmt ist. Daß aber die streitigen Früchte wirklich eingebracht sind, nicht zu dem eigenen Vermögen des Mannes gehört haben, unterliegt keinem Bedenken. Sie waren bei Eingehung der Ehe im Jahre 1853 schon eingeerndtet, der Nießbrauch und Fruchterwerb des Mannes beginnt aber erst mit der geschlossenen Ehe, —

§ 205. 210. 231. 548 ff. II. 1., § 22 ff., § 111. I. 21. des Allgem. Landrechts.

Auch ist nicht behauptet, daß sie Pertinenzien eines eingebrachten, der Landwirthschaft gewidmeten Landgutes gewesen wären, und einen Theil des dazu gehörigen Wirthschaftsinventars ausgemacht hätten, mithin den Vorschriften über Beilaßstücke eines dem Nießbrauch unterworfenen Grundstücks unterlägen. Vielmehr ist die Pflicht zu ihrer Rückgewähr an die Frau an sich begründet.

Gegen die Höhe des geforderten, vom Appellations-Richter zuerkannten durchschnittlichen Marktpreises ist an sich nichts erinnert. Verklagte bemängeln aber, daß Klägerin nur die Rückgewähr in Sachen derselben Art, oder wenn die Früchte vom Manne verkauft wären, die Erstattung des Verkaufspreises verlangen könne.

Indeß erscheint auch dieser Einwand verwerflich.

Ganz davon abgesehen, daß Verklagte einen Verzug in

Digitized by Google

der Rückgewähr nicht abgelehnt haben, und ob nicht derselbe die Klägerin berechtigte, den Geldwerth zu beanspruchen, haben sich Verklagte weder zur Rückgewähr derselben Früchte in natura bereit erklärt, noch den Verkaufspreis angegeben. Der Durchschnitts-Marktpreis zur Zeit der eingegangenen Ehe bildet den richtigen Maßstab für den Werth der Sachen. Die Verhandlungen geben keinen Anhalt, ob nicht eine Verurtheilung der Verklagten in anderer Art ohne ihren besondern Antrag die von ihnen verlangte Leistung des Geldwerths erschwert und erweitert haben würde.

No. 31. — IV. Senat. Sitzung v. 20. Sept. 1870.

Neumann ·|· Koslau. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Rybnik.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Ratibor.

Vertretung der Stadt durch den Magistrat; Verpflichtung des Verarmten, die für ihn vom Armenverbande gemachte Aufwendung zu erstatten.

a. Bei Verhandlungen nach Außen, also auch beim Abschluß von Verträgen mit Privatpersonen, vertritt der Magistrat die Stadt und verpflichtet dieselbe durch seine Handlungen dem Dritten gegenüber. Ob die städtischen Körper bei der Berathung oder Beschlußfassung über das vom Magistrat zu Verhandelnde die in der Städte-Ordnung deshalb gegebenen Vorschriften gehörig beobachtet haben, haben dieselben untereinander abzumachen, dies ist eine innere Angelegenheit, dem Dritten gegenüber kann die Stadt aus diesen Angelegenheiten kein Recht geltend machen.

Digitized by Google

Die Verhandlungen desselben mit dem Magistrat sind hier allein maaßgebend.

Städte-Ordnung vom 30. Mai 1853 §§ 35. 49. 56. No. 8. (Gesetz-Sammlung S. 261.)

b. Was der Armenverband zur Unterhaltung des Verarmten aufwendet, ist als eine zu seinem Nutzen gemachte Verwendung anzusehen.

Der Verarmte überkommt, wenn er zu Vermögen gelangt, die Pflicht, das Aufgewendete zu erstatten.

A. L. R. I. 13. §§ 262. ff., II. 19. § 67.

Kläger forderte Bezahlung für Feldmesser-Arbeiten, welche er auf blos mündliche Bestellung des Bürgermeisters der Verklagten ausgeführt hatte. Die Verklagte wendete ein, daß sie durch die Bestellung des Bürgermeisters nicht verpflichtet sei, und eventuell kompensirte sie mit den dem inzwischen verarmten Kläger gewährten Armen-Unterstützungen und wollte den Ueberschuß für die ferner zu gewährenden Unterstützungen retiniren. In erster Instanz wurde Kläger abgewiesen. Der zweite Richter aber verurtheilte die Verklagte, indem er in einer vom Bürgermeister und zwei Magistratsmitgliedern unterschriebenen Verfügung, durch welche die Stadtkasse zur Zahlung einer Abschlagssumme an den Kläger angewiesen worden war, eine die Stadt verpflichtende Genehmigung des Vertrages fand. Die Kompensations- und Retentionseinreden verwarf der zweite Richter.

Auf die von der Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Civilsenats des Appellationsgerichts zu Ratibor vom 3. November 1869 insoweit, als es die Verklagte mit der Befugniß, die zur Unterstützung des Klägers verwendeten 20 Rthlr. auf die eingeklagte Forderung in Abzug

Digitized by Google

zu bringen, abgewiesen hat, zu vernichten, im Uebrigen die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen; in der Sache selbst Verklagte schuldig, dem Kläger 156 Rthlr. 17 Sgr. 4 Pf. mit Zinsen zu 5 Prozent vom 23. Februar 1867 an zu zahlen, Kläger mit dem Mehrgeforderten abzuweisen.

Gründe:

Die Implorantin geht von der Ansicht aus, daß, da Korporationen ihren Willen nur durch die Beschlüsse ihrer Vertretungen aussprechen können, —

(§§ 51. 86. 87. II. 6. des Allgem. Landrechts),

die Stadtgemeinden nach § 10. der Städte-Ordnung für die sechs östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853 durch den Magistrat und die Stadtverordneten-Versammlung vertreten werden, welche letztere über alle Gemeinde-Angelegenheiten zu beschließen habe, — §§ 35. 49. a. a. O., ein Wille der Stadtgemeinde, mithin auch ein Vertrag, nur vorhanden sein könne, wenn ein Beschluß beider Vertretungskörper vorliege, daher denn auch die im § 56. No. 8. a. a. O. erwähnte Form der Gemeinde-Urkunden für sich allein die Stadtgemeinde nicht verpflichte, wenn nicht Magistrat und Stadtverordneten über den Gegenstand einen Beschluß gefaßt haben. Demgemäß hält sie die Entscheidung des Appellations-Richters, welcher auf Grund der in der Verfügung des Magistrats vom 26. März 1864 liegenden Genehmigung des mit Kläger nach dem Schreiben vom 13. Juni 1863 beabsichtigten Vertrages die verklagte Stadtgemeinde an diesen Vertrag für gebunden achtete, für unrichtig und die §§ 51. 86. 87. II. 6. des Allgem. Landrechts, die §§ 10. 35. 49. 56. No. 8. und § 57. der Städte-Ordnung vom 30. Mai 1853 und die §§ 1. 26. 28. I. 5. des Allgem. Landrechts verletzend. Dieses kann jedoch nicht zugegeben werden. Der § 10. der Städte-Ordnung sagt, daß die daselbst genannten beiden Kläger, Magistrat und Stadtver-

Digitized by Google

ordneten, die Stadt vertreten nach den näheren Vorschriften des Gesetzes, d. h. der Städte-Ordnung. Im § 56. No. 8. daselbst wird verordnet:

daß der Magistrat die Stadtgemeinde nach Außen vertrete und Namens derselben mit den Behörden und Privatpersonen zu verhandeln, auch die Gemeinde-Urkunden in Urschrift zu vollziehen habe. Die Ausfertigungen der Urkunden werden vom Bürgermeister gültig unterzeichnet; wenn darin aber Verpflichtungen der Stadtgemeinde übernommen werden, muß noch die Unterschrift eines Magistratsmitgliedes hinzukommen.

Hieraus ergiebt sich, daß für die inneren Angelegenheiten der Stadtgemeinde die Beschlußfassungen beider Körper vorgeschrieben sind, daß aber für die Verhandlungen nach Außen, also auch bei Abschluß von Verträgen mit Privatpersonen der Magistrat die Stadt vertritt, dieselbe also auch durch seine Handlungen dem Dritten gegenüber verpflichtet. Ob die städtischen Körper bei der Berathung oder Beschlußfassung über das vom Magistrat zu Verhandelnde die in der Städte-Ordnung deshalb gegebenen Vorschriften gehörig beobachtet haben, haben dieselben untereinander abzumachen, dies ist eine innere Angelegenheit, dem Dritten gegenüber kann die Stadt aus diesen Angelegenheiten kein Recht geltend machen. Die Verhandlungen desselben mit dem Magistrat sind hier allein maaßgebend.

Danach ist also auch der mit diesem abgeschlossene Vertrag gültig, und es sind mithin die allegirten §§ 1. 26. 28. I. 5. des Allgem. Landrechts, sowie die allegirten §§ 10. 35. 49. 56. No. 8. und § 57. der Städte-Ordnung vom 30. Mai 1853 und die §§ 51. 86. 87. II. 6. des Allgem. Landrechts nicht verletzt.

Digitized by Google

Daß die Verfügung vom 26. März 1864, welche vom Bürgermeister und zwei Magistratsmitgliedern unterzeichnet ist, und in welcher der Appellations-Richter eine Genehmigung des mit Kläger getroffenen Abkommens findet, nicht auf einem Beschluß des Magistrats beruhe, kann nach dieser Feststellung des Appellations-Richters nicht angenommen werden, weil eine Genehmigung des Magistrats solchen Beschluß voraussetzt.

Der erste Vorwurf des Imploranten stellt sich sonach als unbegründet dar.

Dies ist auch der Fall hinsichtlich der Behauptung, daß die Implorantin wegen der Armen-Unterstützung, die sie dem Kläger mit 2 Rthlrn. monatlich zu gewähren habe, ein Retentionsrecht an der dem Kläger zuzusprechenden Summe ausüben dürfe, und der Appellations-Richter, weil er dieses nicht anerkennt, die §§ 539—542. I. 20. des Allg. Landrechts verletzt habe.

Denn die Erfordernisse des Retentionsrechts, wie sie die allegirten Paragraphen hinstellen, sind wirklich nicht vorhanden, da es an einer Forderung der Verklagten für Unterstützung, die gewährt worden, zur Zeit des Berufens auf das Retentionsrecht fehlte, und dahin steht, ob und inwieweit diese, wenn dem Kläger die Forderung zugesprochen ist, noch gewährt werden muß.

Dagegen ist die Ansicht des Appellations-Richters, daß ein Armer die empfangene Unterstützung bei erlangtem besseren Vermögen nicht zurückzuzahlen brauche, daß dafür nur sein Nachlaß nach § 67. II. 19. des Allgem. Landrechts in Anspruch genommen werden dürfe, nicht begründet. Der Arme hat ein civilrechtliches, durch Klage zu erzwingendes Recht auf Unterstützung gegen den Armenverband nicht (§ 33. des Gesetzes vom 31. Dezember 1842); die ihm gewordene Unterstützung ist also nicht die Erfüllung einer Verpflichtung, die dem Armenverbande dem Verarmten gegenüber ob-

Digitized by Google

liegt, sie geschieht vielmehr auf Grund einer in höheren Staatsrücksichten bestehenden Verpflichtung der Gemeinde, ruht daher im öffentlichen Recht. Daß die Unterstützung als dem Verarmten geschenkt angesehen werden könnte, ist schon wegen der gesetzlichen Pflicht zur Unterstützung nicht anzunehmen.

Demnach muß das, was der Armenverband zur Unterhaltung des Verarmten aufwendet, als eine zu seinem Nutzen gemachte Verwendung angesehen werden. Dadurch überkommt er, wenn er zu Vermögen gelangt, die Pflicht, das Aufgewendete zu erstatten. Daß nur dessen Nachlaß deswegen angegangen werden könne, wegen der Vorschrift des § 67. II. 19. des Allgem. Landrechts, ist unrichtig. Der § 67. setzt einen anderen Fall voraus, als den hier vorliegenden, es wird eine besonders eingerichtete Armenanstalt, z. B. ein Armenhaus, Hospital ꝛc. vorausgesetzt, aus dessen Vermögen dem nicht in die Anstalt aufgenommenen Armen Beiträge zu seinem Unterhalte gemacht sind.

Ein solches Verhältniß liegt nicht vor. Außerdem ist die Bestimmung, daß aus dem Nachlaß der Ersatz gefordert werden könne, nicht so zu verstehen, als könne gegen den Lebenden der Ersatzanspruch nicht geltend gemacht werden, denn wenn die Verpflichtung dazu den Nachlaß trifft, so muß sie als Nachlaßschuld schon bei Lebzeiten des Erblassers existirt haben; vielmehr liegt der Grund für die Bestimmung des § 67. a. a. O. darin, daß vorausgesetzt ist, die Beiträge seien bis zum Ableben gereicht.* Ueber die vorberührte Frage des Anspruchs gegen eine noch lebende Person, die unterstützt worden, giebt der gedachte Paragraph keine Entscheidung. Diesen § 67. a. a. O. hat demnach der Appellations-Richter unrichtig angewendet und also verletzt. Soweit daher der Appellations-Richter der Verklagten die Berechtigung, mit den zur Unterstützung gewährten 20 Rthlrn.

* Vergl. Bd. 72. S. 338. dieses Archivs.

Digitized by Google

zu kompensiren, abgesprochen hat, muß dessen Entscheidung vernichtet werden.

Im Uebrigen ist die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen. In der Sache selbst kommen dann der Verklagten die gedachten 20 Rthlr. zu Gute, so daß eine Abänderung des ersten Urtheils nur soweit eintritt, als Verklagte für schuldig zu erachten, statt der zuerkannten 176 Rthlr. 17 Sgr. 4 Pf. nur 156 Rthlr. 17 Sgr. 4 Pf. dem Kläger zu zahlen.

No. 32. – I. Senat. Sitzung v. 26. Sept. 1870.

Wenzel ·/· Henze. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wittenberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Legitimation durch nachfolgende Ehe; Einwendungen aus dem Gesetz vom 24. April 1854.

In Beziehung auf die Legitimation durch nachfolgende Ehe und auf die daraus fließenden Rechte des Kindes ist eine Beschränkung des Grundsatzes im § 1077. II. 1. des Allgem. Landrechts und § 15. des Gesetzes vom 24. April 1854 durch § 9. dieses Gesetzes nicht gegeben.

A. L. R. II. 1. § 1077.; Gesetz vom 24. April 1854 §§ 9. 15. (Gesetz-Sammlung S. 193.)

Der vorstehende Grundsatz ist von dem Ober-Tribunal, unter Verwerfung der von den Verklagten ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde, angenommen — aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Auf den Nachlaß des am 7. November 1866 ohne Testa-

Digitized by Google

ment verstorbenen Johann Gottlob Henze machen sowohl Kläger, als Erben des Johann Gottlieb Wenzel jun., als Verklagte, als Erben des Johann Andreas Henze, Anspruch.

Der Erblasser war ein am 12. November 1823 geborner außerehelicher Sohn der Anna Marie Henze. Sie hat sich nachher am 27. Januar 1824 mit Johann Gottlieb Wenzel sen. verheirathet. War der Erblasser, wie Kläger behaupten, ein unehelicher Sohn des letzteren, so ist er durch die nachfolgende Heirath seiner Eltern legitimirt und in alle Rechte eines ehelichen Kindes getreten, — § 596. II. 2. des Allgem. Landrechts. Er und der Erblasser der Kläger, Johann Gottlieb Wenzel jun., ein Sohn erster Ehe desselben Johann Gottlieb Wenzel sen., haben alsdann in dem Verhältnisse halbbürtiger Geschwister von der Seite des Vaters gestanden, — § 5. II. 3. des Allgem. Landrechts.

Der andere Prätendent, Johann Andreas Henze, Erblasser der Verklagten, hatte mit dem Erblasser eine gemeinschaftliche Mutter, Anna Marie Henze, die Beide außer der Ehe, jenen im Jahre 1816, diesen im Jahre 1823, geboren hatte. Da aber Johann Andreas Henze einen anderen Vater hatte, befand er sich mit dem Erblasser, wenn dieser durch die nachfolgende Verheirathung seiner Mutter, Anna Marie Henze, mit seinem angeblichen Vater, Johann Gottlob Wenzel sen., legitimirt war, in keiner Familienverbindung.

Der Appellations-Richter achtet den Beweis über die Paternität des Johann Gottlieb Wenzel sen. zum Erblasser für soweit geführt, daß er den Klägern noch einen Erfüllungseid über einen Beischlaf desselben mit Anna Marie Henze in der Konzeptionszeit des Erblassers auferlegt hat. Für den Fall der Leistung desselben nimmt er die außereheliche Vaterschaft für festgestellt an. Verklagte behaupten, der Eid sei unerheblich und könne diesen Beweis nicht liefern. Der Appellations-Richter habe den § 1077. II. 2. des Allg. Landrechts angewendet. Er sei durch das Gesetz

Digitized by Google

vom 24. April 1854 aufgehoben, und es komme auf dessen Vorschriften an. Nach ihnen folge die Vaterschaft nicht aus dem zum Eide gestellten Beischlafe in der Konzeptionszeit. Die Anna Marie Henze habe schon vor dem Erblasser von einem anderen Manne den Johann Andreas Henze außerehelich geboren. Sie habe, worüber Beweis angetreten, in der Konzeptionszeit außer Johann Gottlieb Wenzel sen. noch einem anderen Manne den Beischlaf gestattet.

Der Vorwurf einer Verletzung verschiedener landrechtlicher Vorschriften durch unrichtige, und mehrerer Vorschriften des Gesetzes vom 24. April 1854 durch unterlassene Anwendung, kann für begründet nicht erachtet werden.

Die im § 1077. II. 1. des Allg. Landrechts verordnete Konzeptionszeit für uneheliche Geburten ist in dem Gesetze vom 24. April 1854 nicht verändert. Der § 15. des Gesetzes enthält in noch genauerer Fassung dieselbe Bestimmung, daß als Erzeuger eines außerehelichen Kindes derjenige anzusehen ist, welcher mit der Mutter innerhalb des Zeitraumes vom 285. bis zum 210. Tage vor ihrer Entbindung den Beischlaf vollzogen hat. Nach beiden Vorschriften, der älteren wie der neueren, genügt zur Feststellung der außerehelichen Vaterschaft der Beweis des Beischlafs innerhalb der Konzeptionszeit. Es erscheint deshalb gleichgültig, daß der Appellations-Richter den § 1077. und nicht den § 15. angewendet, oder nicht, wie der erste Richter, beide allegirt hat. Da beide Paragraphen im Wesentlichen übereinstimmen, sind Verklagte nicht benachtheiligt, selbst wenn nach ihrer Ansicht nicht der § 1077., sondern der § 15. zur Anwendung kommen müßte. Ein Anlaß zur Beschwerde konnte den Verklagten nur dann gegeben sein, wenn die aus dem § 1077. hergeleiteten Ansichten mit dem § 15. in Widerspruch ständen. Da dies nicht einmal behauptet worden, erscheinen die Angriffe insoweit als unerheblich.

Hauptsächlich soll der Appellations-Richter durch Nicht-

Digitized by Google

anwendung des § 9. No. 1. 2c., der §§ 13. 22. 23. des Gesetzes fehlen.

Die Heirath des Johann Gottlieb Wenzel sen. mit Anna Marie Henze ist im Januar 1824 geschlossen. Allgemeinen Grundsätzen zufolge ist nach damaligen Gesetzen zu beurtheilen, ob sie die Legitimation des Erblassers und für ihn Statusrechte eines ehelichen Kindes zur rechtlichen Wirkung gehabt habe. Die allegirten Vorschriften sind keine bloße Beweisregeln, die als solche zur Anwendung kommen, wenn sie bei Anhängigkeit des Prozesses in Kraft sind, enthalten vielmehr Grundsätze des materiellen Rechts. Ohne eine ganz entschiedene, einer anderen Deutung nicht fähige Vorschrift könnte dem § 9. No. 1. 2c., dem § 13. des Gesetzes vom 24. April 1854 in Ansehung des jetzigen Streitpunktes rückwirkende Kraft nicht gegeben werden. Wäre ihm eine rückwirkende Kraft in der Art, wie Verklagte dafür halten, verliehen, so würde dies die Sicherheit längst bestehender Statusrechte, die die Betheiligten lange Jahre rechtmäßig ausgeübt haben, äußerst gefährden können.

Von den als verletzt bezeichneten Paragraphen des Gesetzes kommt es zunächst auf den § 22. hier nicht an. Es sind darin die Paragraphen des Thl. II. Tit. 1. Abschn. 11. und verschiedene Paragraphen des Tit. 2. außer Anwendung gesetzt. Der § 23. bestimmt sodann, daß das Gesetz auf diejenigen Fälle Anwendung finden soll, die zu der Zeit, wo es in Kraft tritt, noch nicht durch Insinuation der Klage rechtshängig waren. Auch diese Vorschrift betrifft den jetzigen Fall nicht. Es sind die Ansprüche aus der außerehelichen Schwängerung an den Schwängerer an Entschädigung für die Mutter und Verpflegungsgeldern für das Kind gemeint, die, soweit sie damals noch nicht rechtshängig, nach dem neuen Gesetze beurtheilt werden sollen. Der jetzt streitige gehört dazu nicht.

Abweichend von den landrechtlichen Bestimmungen ver-

Digitized by Google

ordnet der § 9. No. 1. und 2. des Gesetzes, daß die in den vorangegangenen Paragraphen festgesetzten Entschädigungen der Geschwängerten wegfallen, wenn sie während der Konzeptionszeit mit mehreren Mannspersonen den Beischlaf vollzogen hat, und wenn sie geschlechtlich bescholten, wohin auch gehört, wenn sie schon früher von einem anderen, als dem als Erzeuger des Kindes bezeichneten Manne, geschwängert ist.

Nach dem § 13. des Gesetzes soll ferner ein Anspruch des außerehelichen Kindes nur in denjenigen Fällen stattfinden, in welchen ein Anspruch der Mutter an den Schwängerer begründet ist.

Im vorliegenden Falle hatte die Mutter des Erblassers, Anna Marie Henze, schon vorher den Erblasser der Verklagten von einem anderen Manne außerehelich geboren. Verklagte haben auch unter Beweis gestellt, daß sie in der Konzeptionszeit des Erblassers mit einem anderen Manne zugehalten habe. Der Appellations-Richter würde demgemäß gefehlt haben, wenn er ohne diese Umstände zu berücksichtigen, von dem erkannten Eide die Verurtheilung des Schwängerers in Entschädigungen für die Mutter und die Verpflegungsgelder für das Kind, oder Erbrechte desselben an den Nachlaß des Schwängerers, abhängig gemacht hätte.

Allein um einen solchen Anspruch handelt es sich hier nicht, sondern um einen Erbanspruch des Johann Gottlieb Wenzel jun. an den Nachlaß des Erblassers Johann Gottlob Henze. Der Appellations-Richter achtet denselben für begründet, wenn der Erblasser durch die nachfolgende Ehe als eheliches Kind des Johann Gottlieb Wenzel sen. und der Anna Marie Henze legitimirt wurde, und diese Legitimation wieder dadurch als bedingt, daß er der außereheliche Erzeuger des Johann Gottlob Henze gewesen sei. Auf Fälle dieser Art bezieht sich das Gesetz vom 24. April 1854 überhaupt nicht, daher der Appellations-Richter auf den jetzigen die §§ 9. 13. desselben weder direkt, noch, da sie Ausnahme-

Digitized by Google

bestimmungen enthalten, auch nur analog anwenden konnte. Es ist ihm vielmehr darin beizustimmen, daß nach dem in dem § 15. des Gesetzes in Uebereinstimmung mit dem § 1077. II. 1. des Allgem. Landrechts ausgesprochenen Grundsatze Johann Gottlieb Wenzel sen. als unehelicher Vater des Johann Gottlob Henze gelten muß, wenn er, was Kläger noch durch den erkannten Eid bestärken sollen, in der Konzeptionszeit des letzteren mit seiner Mutter den Beischlaf vollzogen hat.

Das Motiv für die §§ 9. 13. a. a. O., daß der außereheliche Beischlaf in der Konzeptionsperiode keine genügende Sicherheit für die Paternität gebe, wenn die Geschwängerte noch mit Anderen zugehalten habe, oder bescholten sei, trifft hier nicht in gleichem Maaße zu. Es ist die nachfolgende Heirath hinzugekommen, vermöge derselben Anna Marie Henze die Ehefrau des Johann Gottlieb Wenzel sen., der Erblasser ein vor der Ehe geborner Sohn dieser seiner Ehefrau ist. Das Sachverhältniß wird dadurch wesentlich modifizirt. Es ist wenigstens nicht ersichtlich, daß das Gesetz in Beziehung auf die Erfordernisse der Legitimation durch nachfolgende Ehe und auf die daraus fließenden Rechte des Kindes, eine Beschränkung des Grundsatzes im § 1077. a. a. O., dem § 15. a. a. O., sowie sie im § 9. enthalten, beabsichtigt habe, noch welches Bedürfniß dazu hätte Anlaß geben können.

Mit der Hinfälligkeit der obigen Angriffe gegen die Erheblichkeit des erkannten Eides erledigt sich von selbst die Beschuldigung, daß der Appellations-Richter auch gegen die von den Verklagten noch sonst angezogenen Vorschriften gefehlt habe.

Wird die Paternität des Johann Gottlieb Wenzel festgestellt, so hat die nachfolgende Heirath nach § 596. II. 2. des Allgem. Landrechts die Legitimation des Erblassers als

Digitized by Google

eheliches Kind der Eheleute zur Wirkung. Der Erblasser der Kläger stand alsdann zum Erblasser in dem Verhältnisse von halbbürtigen Geschwistern und war zur gesetzlichen Erbfolge in den Nachlaß berufen, — §§ 31. 41. 48. II. 3. des Allgem. Landrechts.

Dagegen findet zwischen dem Erblasser der Verklagten, als einem unehelichen Sohne seiner Mutter von einem anderen Manne, und dem Johann Gottlob Henze, der durch die Legitimation das Recht eines ehelichen erlangt hatte, keine gesetzliche Erbfolge statt, — § 660. II. 2.

No. 33. – II. Senat. Sitzung v. 27. Sept. 1870.

Hennig ·/· Langenphul. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Zielenzig.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt a. O.

Rechtsweg, betreffend die Befreiung von Kommunalabgaben, namentlich wegen Nichtzugehörigkeit zum Gemeindebezirk; wohlhergebrachte Gewohnheiten und Observanzen als Befreiungsgrund von Abgaben.

a. Die Befreiung von Kommunalabgaben kann nur aus den im § 79. resp. den §§ 4—8. II. 14. des Allg. Landrechts vorgesehenen besonderen Gründen im Rechtswege geltend gemacht werden, und dieser ist ausgeschlossen, wo der zu den Lasten und Abgaben einer Gemeinde Herangezogene die Befreiung behauptet, weil er die Grundstücke, wegen deren Besitzes seine Heranziehung erfolgt ist, als zum Gemeindeverbande jener Gemeinde gehörig nicht anerkennt.*

A. L. R. II. **14.** **§§** 4–8. 79.; A. G. O. Einl. **§** 1.

* Der Rechtsgrundsatz Bd. 18. S. 90.; Rechtsgrundsätze Bd. 2. S. 818. berichtigt sich hiernach.

Digitized by Google

b. **Wohlhergebrachte Gewohnheiten und Observanzen bilden bezüglich der Abgaben keinen Befreiungsgrund dem Staate oder der zur Abgabenerhebung berechtigten Korporation gegenüber.**

A. L. R. I. 9. §§ 655. ff., II. 7. §§ 31. 39., 14. §§ 4-8. 79.

Die Kläger, Besitzer von Mühlen, welche mit den Ländereien zu dem im dreißigjährigen Kriege verwüsteten Dorfe Großdorf gehört haben, sind seit einigen Jahren zu den Lasten und Abgaben der Gemeinde Langenphul von dieser herangezogen worden. Mit ihrer deshalb bei den Verwaltungsbehörden geführten Beschwerde sind sie zurückgewiesen worden, und ist dieses insbesondere durch die Oberpräsidial-Verfügung vom 12. November 1866 auf Grund der Annahme erfolgt, daß die klägerischen Mühlen mit ihren Ländereien mindestens schon seit dem Jahre 1793 dem Gemeindeverbande von Langenphul angehört haben.

In Folge hiervon haben die Kläger den Rechtsweg beschritten und in ihrem gegen die Gemeinde Langenphul angestrengten Prozesse ihren (Prinzipal-) Antrag dahin gestellt, die verklagte Gemeinde für nicht berechtigt zu erachten, sie zu Kommunallasten und Abgaben heranzuziehen. Der Appellations-Richter hat, während Kläger vom ersten Richter mit diesem Antrage abgewiesen worden, demselben gemäß die verklagte Gemeinde verurtheilt.

Auf die von der verklagten Gemeinde ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Civilsenats des Appellationsgerichts zu Frankfurt a. O. vom 15. September 1869 zu vernichten, in der Sache selbst auch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Zielenzig vom 19. April 1869 in Betreff des Prinzipalantrages der Kläger dahin abzuändern, resp. zu bestätigen, daß, insofern Kläger diesen Antrag auf Nichtzugehö-

Digitized by Google

rigkeit ihrer Grundstücke zur Gemeinde Langenphul auf Observanz und Verjährung durch Nichtgebrauch gegründet haben, dieselben mit diesem Antrage nicht zurückzuweisen, sondern insoweit der Rechtsweg für unzulässig zu erachten; insofern Kläger aber diesen Antrag auf Judikat und Vertrag gegründet haben, sie mit demselben zurückzuweisen.

Gründe:

Der Appellations-Richter hat seine Entscheidung zunächst

1. darauf gegründet, daß die Kläger, wie er für dargethan erachtet, seither noch nicht zur Gemeinde gehört, indem er den Rechtsweg über diese Fragen, im Widerspruch mit dem ersten Richter für zulässig erachtet;

eventuell aber,

„die politische Gemeindeangehörigkeit"

der Kläger vorausgesetzt,

2. darauf, daß er die Abgabenfreiheit der Kläger als durch Observanz begründet für nachgewiesen angenommen.

Es ergiebt sich hieraus, daß die von der verklagten Gemeinde eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde dieselbe nur dann zum Ziele führen kann, wenn sowohl der eine, als der andere Entscheidungsgrund des Appellations-Richters mit Erfolg angegriffen worden. Die Nichtigkeitsbeschwerde hat nun in Betreff beider Entscheidungsgründe des Appellations-Richters demselben vorgeworfen, mit Unrecht den Rechtsweg für zulässig erachtet und den § 1. der Einleitung zur Allg. Gerichts-Ordnung verletzt zu haben.

In dieser Beziehung kommen zur Anwendung die Bestimmungen des 14. Titels des zweiten Theils des Allgem. Landrechts:

§ 78. Ueber die Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner Abgaben, denen sämmtliche Einwohner des Staats, oder alle Mitglieder einer gewissen Klasse dersel-

Digitized by Google

ben, nach der bestehenden Landesverfassung unterworfen sind (§§ 2. und 3.), findet kein Prozeß statt.

§ 79. Behauptet aber Jemand aus besonderen Gründen die Befreiung von einer solchen Abgabe (§§ 4—8.), oder behauptet er in der Besteuerung seines Antheils über die Gebühr belastet zu sein (§ 9.), so soll er rechtlich darüber gehört werden.

Von den hier in Bezug genommenen Paragraphen aber verordnet zuvörderst von den §§ 2. und 3. ersterer,

daß dem Besteuerungsrechte, als einem Hoheitsrechte des Staats, alle diejenigen, welche den Schutz desselben genießen, unterworfen sind,

während letzterer wegen der Exemtionen gewisser Klassen und Besitzungen von einer oder der anderen Art der Staatsabgaben im Allgemeinen auf die besonderen Provinzialgesetze verweiset; die übrigen Paragraphen aber lauten:

§ 4. Einzelne Landeseinwohner, Korporationen oder Gemeinden können die Befreiung von den Abgaben derjenigen Klasse, zu welcher sie gehören, in der Regel nur durch Verträge, oder ausdrückliche Privilegien erlangen.

§ 5. Inwiefern dergleichen Befreiung durch Verjährung erworben werden könne, ist gehörigen Orts bestimmt (I. 9. §§ 656—659.).

§ 6. Alle solche ausdrücklich oder stillschweigend erlangte Befreiungen sind nach den Vorschriften der Einleitung der §§ 58—62. und 66—76. (soll heißen §§ 54. bis 58. und 62—72.) zu beurtheilen.

§ 7. Durch dergleichen Ausnahmen sollen die übrigen Mitglieder derselben Klasse mit höheren Lasten nicht beschwert werden.

§ 8. Wer ein solches zur Belastung der übrigen Mitglieder gereichendes Privilegium für sich anführt, gegen den gilt die Vermuthung, daß er selbiges erschlichen habe.

und endlich


Digitized by Google

§ 9. Streitigkeiten, welche über die Vertheilung der aus dem Besteuerungsrechte fließenden Abgaben unter den Kontribuenten entstehen, werden, in Ermangelung hinlänglicher durch Verträge, wohlhergebrachte Gewohnheiten, oder besondere Gesetze begründeten Bestimmungen, nach den Regeln einer ohne ausdrücklichen Vertrag entstandenen Gemeinschaft (Thl. I. Tit. 17. Abschnitt 1.) beurtheilt.

In dem Präjudiz No. 2430. zu 1. und den demselben zum Grunde liegenden Erkenntnisse vom 3. Februar 1853 (Entscheidungen Bd. 25. S. 45.) ist nun bereits der auch in späteren Entscheidungen — vom 14. April 1863 (Striethorst's Archiv Bd. 49. S. 155.), vom 28. Juni 1866 (daselbst Bd. 64. S. 162.) — festgehaltene Rechtsgrundsatz aufgestellt und nachgewiesen,

daß auch wegen Gemeindelasten die Zulässigkeit des Prozesses nach den Grundsätzen der oben zitirten §§ 78. 79. zu beurtheilen ist.

Hiernach aber kann es kein Bedenken haben, daß der gegen den ersten Entscheidungsgrund des Appellations-Richters gerichtete Angriff für gerechtfertigt zu erachten. Denn darnach kann die Befreiung von Kommunal-Abgaben nur aus den in dem § 79. resp. den §§ 4—8. vorgesehenen besonderen Gründen im Rechtswege geltend gemacht werden, und dieser ist daher ausgeschlossen, wo der zu den Lasten und Abgaben einer Gemeinde Herangezogene die Befreiung behauptet, weil er die Grundstücke, wegen deren Besitzes seine Heranziehung erfolgt ist, als zum Gemeindeverbande jener Gemeinde gehörige nicht anerkennt, da die Frage, zu welchem Gemeindeverbande ein Grundstück gehört, in den Bereich nicht des Privatrechts, sondern des öffentlichen Rechtes fällt, wie dieses bereits in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 30. November 1852 (Striethorst's Archiv Bd. 7. S. 323.), sowie in mehrfachen

Digitized by Google

Erkenntnissen des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte —

vom 10. Januar 1852, 16. September 1854, 4. Oktober 1856 und 13. Januar 1858 (Justiz-Ministerialblatt für 1852 S. 69., für 1854 S. 423., für 1857 S. 22. und für 1858 S. 275.) —

angenommen ist.

Der Appellations-Richter beruft sich für die Zulässigkeit des Rechtsweges zwar auf ein in Striethorst's Archiv Bd. 18. S. 90. aufgeführtes Erkenntniß, allein diese Bezugnahme ist verfehlt; allerdings ist in dem gedachten Werke dem betreffenden Erkenntnisse vom 5. Juli 1855 als Rechtsgrundsatz vorausgestellt:

Der Rechtsweg ist zulässig, wenn der als Besitzer eines Grundstücks zur Leistung städtischer Gemeindedienste Herangezogene seine Befreiung darauf stützt, daß das Grundstück nicht zum Stadtbezirk gehöre.

Dieses beruht aber auf einer unrichtigen Auffassung, namentlich der Stelle der Gründe des gedachten Erkenntnisses, welche dahin lautet:

Für den Fall, daß der Mühlenteich wirklich nicht zum Stadtgebiet gehört, können jene (vom Appellations-Richter für die Ausschließung des Rechtsweges angezogenen) Vorschriften über die Zulässigkeit des prozessualischen Verfahrens über Abgaben im vorliegenden Falle allerdings nicht zur Anwendung kommen,

es ist daher die Nichtzugehörigkeit des Mühlenteichs zum Gebiet der verklagten Stadtgemeinde vorausgesetzt, keineswegs aber ausgesprochen worden, daß die Frage über jene Zugehörigkeit zum Rechtswege sich eigne, wie denn auch bei der Entscheidung in der Sache selbst gar nicht über diese Frage in Betreff der Zugehörigkeit des Mühlenteichs zum Stadtgebiet erkannt, sondern solche auf einen von dem Fiskus,

Digitized by Google

Rechtsvorgänger des Klägers, mit der Stadtgemeinde abgeschlossenen Vertrag gegründet ist.

Daß, wie der Appellations-Richter noch hervorhebt, eine in Folge und in Gemäßheit des § 1. des Gesetzes vom 14. April 1856 stattgefundene Zuschlagung der klägerischen Besitzungen zum Gemeindebezirk von Langenphul nicht behauptet worden, kann für die Frage über die Zulässigkeit des Rechtsweges umsoweniger in Betracht kommen, als nach der von der zuständigen Verwaltungsbehörde getroffenen Entscheidung es einer solchen Zuschlagung nicht noch erst bedurfte.

Aber auch der gegen den eventuellen Entscheidungsgrund des Appellations-Richters gestellte Angriff war für begründet zu erachten. Der Appellations-Richter hat zwar nicht verkannt,

> daß in den §§ 4—8. a. a. O., auf welche der § 79. a. a. O. in Betreff der besonderen Gründe der Befreiung, über welche der Rechtsweg nachgelassen ist, verweiset, als solche Gründe nur Verträge und ausdrückliche Privilegien, und, von diesen abgesehen, die Verjährung unter den Voraussetzungen der §§ 656. und 659. aufgeführt sind, nicht aber auch die Observanz;

er ist aber der Ansicht,

> daß dennoch auch letztere als Grund der Befreiung im Rechtswege geltend gemacht werden könne,

indem er ausführt,

> daß, wenn nach den Festsetzungen des Provinzialrechts und des Allgem. Landrechts II. 7. §§ 31. und 39. über die Aufbringung und Vertheilung der Kommunallasten in Ermangelung spezieller Rechtstitel die Ortsverfassung und hergebrachte Gewohnheiten entscheidend sein sollen, Observanzen also in dieser Beziehung einem ausdrücklichen Gesetz gleichgestellt worden, es nicht einzusehen sei, weshalb „ein durch Observanz gegründetes Privilegium" nicht

einem anderen Ausnahmegesetz auch insofern gleichgestellt werden sollte, daß dasselbe ebenfalls im Rechtswege geltend gemacht werden könnte.

Dieser Ausführung kann jedoch nicht beigepflichtet werden.

In den allegirten §§ 78. 79. und resp. 4—8. sind von dem Ausschluß des Rechtsweges ausdrücklich nur ganz bestimmte Ausnahmen nachgelassen, und es ist daher dem Richter nicht gestattet, noch eine andere Ausnahme zu statuiren; insbesondere ist es auch noch verfehlt, wenn der Appellations-Richter ein Privilegium als durch Observanz begründet, und deshalb den Rechtsweg als nachgelassen annimmt, da der § 4. nur ausdrückliche Privilegia als die Befreiung begründend voraussetzt, und ein solches jedenfalls nicht durch Observanz geschaffen sein kann.

Hierzu kommt aber auch noch, daß von einer Observanz, welche sich zwischen dem Staat und einzelnen Abgabepflichtigen gebildet, nicht die Rede, und durch eine solche daher auch eine Befreiung von Staatsabgaben nicht begründet sein kann; ob im Allgemeinen zwischen einer Gemeinde und einzelnen Mitgliedern derselben die Bildung einer Observanz als statthaft zu erachten, kann dahingestellt bleiben; denn die mehrgedachten gesetzlichen Bestimmungen unterscheiden bei den allein durch dieselben nachgelassenen Ausnahmen vom Ausschluß des Rechtsweges in keiner Weise zwischen Staats- und Kommunalabgaben, und es ist daher unzulässig, noch eine Ausnahme eintreten zu lassen, welche nur bei der einen Art der Abgaben, und nicht auch bei der anderen statthaben könnte, umsomehr, als bei den Streitigkeiten zwischen den Kontribuenten, welche der § 79. a. a. O. zum Rechtswege verweiset, in dem in Bezug genommenen § 9. „wohlhergebrachte Gewohnheiten“ unter den Rechtsnormen aufgeführt sind, und daher umsoweniger angenommen werden kann, daß in den §§ 4—8., obgleich in denselben der wohlhergebrachten Gewohnheiten oder der Obser-

Digitized by Google

vanz nicht erwähnt ist, solche dennoch als Befreiungsgrund dem Staate oder der zur Abgabenerhebung berechtigten Korporation gegenüber anerkannt worden.

Hierdurch erledigt sich auch die Berufung der Imploraten auf die Entscheidung vom 16. Juli 1863 (Striethorst's Archiv Bd. 50. S. 202.), bei welcher die Frage über die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht zu entscheiden war, abgesehen davon, daß es für die erkannte Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht wesentlich darauf ankam, ob eine Observanz zwischen der Gemeinde und ihren Mitgliedern zulässig.

Das Appellations-Urtheil unterliegt hiernach der Vernichtung. In der Sache selbst ergiebt sich aus dem oben Ausgeführten, daß, insoweit Kläger ihren Prinzipalantrag auf die Nichtzugehörigkeit zu der verklagten Gemeinde und auf Observanz gegründet haben, der Rechtsweg nicht zulässig ist. Dieses muß auch von dem Fundamente der Verjährung gelten.

Denn nach den oben erörterten gesetzlichen Bestimmungen ist der Rechtsweg in Folge der Berufung auf die Verjährung nur insofern zulässig, als sie auf die Bestimmungen der §§ 656—659. gegründet werden kann; in dieser Weise haben aber die Kläger ihre Klage zu begründen nicht einmal versucht; insbesondere haben sie nicht behauptet, daß sie zu einer, ihrer neuerlichen Heranziehung zu den Kommunallasten von Langenphul um 50 Jahre vorangegangenen Zeit auf ergangene Aufforderung die Leistung von jeglichen Kommunalabgaben verweigert, sondern sich nur auf die Nichtleistung berufen, und dieses reicht zur Begründung des Rechtsweges nicht aus, — Erkenntnisse des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte vom 25. Oktober 1856 (Justiz-Ministerialblatt für 1857 S. 117.), vom 2. Oktober 1858 (Justiz-Ministerialblatt für 1859 S. 53.),

Digitized by Google

vom 30. Oktober 1858 (Justiz-Ministerialblatt für 1859 S. 107.).

Mit Unrecht berufen Kläger sich hiergegen auf den Plenarbeschluß vom 20. März 1842 (Entscheidungen Bd. 13. S. 42.).

Derselbe, zu den §§ 655. 656. I. 9. des Allg. Landrechts ergangen, lautet:

> Die fünfzigjährige Präskription öffentlicher Lasten und Abgaben hat nur Beziehung auf solche, welche an den Staat entrichtet werden müssen, nicht aber auf Gemeindelasten, namentlich nicht auf solche, wie sie der § 37. II. 7. des Allgem. Landrechts aufzählt,

betrifft daher nur die Frist der Verjährung, durch welche Befreiung von Gemeindelasten erlangt werden kann, wie auch bereits in dem oben angeführten Erkenntnisse vom 3. Februar 1853 (vergl. S. 52. Bd. 25. der Entscheidungen) angenommen worden ist, und kann auch nicht zu der Annahme führen, daß im Widerspruch mit den §§ 5. und 79. II. 14. des Allg. Landrechts die Befreiung von Kommunalabgaben schon darauf gegründet werden kann, daß dieselben während eines für die Verjährung vorgeschriebenen Zeitraums nicht erhoben worden, wie dieses in dem Erkenntnisse des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte vom 30. Oktober 1858 näher dargelegt ist.

Kläger haben nun zwar auch noch auf Grund des Judikats vom 20. Februar 1759 und des Vertrags, des Separations-Rezesses vom 27. Mai 1759, ihren Antrag für gerechtfertigt erachtet wissen wollen.

Allein, was das erste anbetrifft, so ist in demselben angenommen, daß die klägerischen Mühlen nicht „eigentlich" zum Dorfe Langenphul gehörten, und es trifft daher für das jetzige Verhältniß nicht mehr zu; abgesehen davon ist dasselbe nur über die Verpflichtung resp. die Nichtverpflichtung der Besitzer der klägerischen Mühlen zu gewissen Fuh-

Digitized by Google

ren, von denen dahingestellt bleiben kann, ob sie zu den Kommunallasten zu rechnen, nicht über die Nichtverpflichtung derselben zu allen Kommunallasten erkannt; was aber den Separations-Rezeß vom 27. Mai 1859 anbetrifft, so ist derselbe nicht von der dabei als solche gar nicht zugezogenen Gemeinde Langenphul mit den Klägern abgeschlossen, und kann daher auch nicht gegen erstere geltend gemacht werden.

Es sind daher diese Fundamente, Rücksichts deren der Rechtsweg allerdings für zulässig zu erachten, unbegründet.

Hiernach war das erste die Kläger mit ihrem Prinzipal-Antrage abweisende Erkenntniß nur insofern nicht gerechtfertigt, als dasselbe nicht in Betreff der Fundamente der Nichtzugehörigkeit zur Gemeinde, der Observanz und der Verjährung sich nicht darauf beschränkt hat, die Unzulässigkeit des Rechtsweges auszusprechen, und war dasselbe hiernach abzuändern, und in Betreff der übrigen Fundamente aber zu bestätigen.

No. 34. – IV. Senat. Sitzung v. 29. Sept. 1870.

Behrendt ·/· Jduna. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Halle.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Unabsichtliche Erregung eines wesentlichen Irrthums; wissentliches, wennschon nicht doloses Verschweigen von Umständen bei gewagten Geschäften.

a. Auch die unabsichtliche Erzeugung eines wesentlichen Irrthums macht den Vertrag ungültig.

A. L. R. I. 4. § 78.

b. Der § 540. I. 11. des Allgem. Landrechts

Digitized by Google

setzt ein wissentliches, wennschon kein doloses Verschweigen voraus.

A. L. R. I. 11. §§ 540. 541.

Die Erben des pensionirten prinzlichen Reitknechts Behrendt waren mit dem Antrage, die verklagte Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit Iduna zur Zahlung der versicherten Summe zu verurtheilen, in zweiter Instanz abgewiesen. Sie ergriffen die Revision, eventuell die Nichtigkeitsbeschwerde.

Das Ober-Tribunal hat dahin erkannt: daß die Revision wider das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Naumburg vom 13. Oktober 1869 als unzulässig, die eventuell eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Gründe:

Die Revision ist auch in dem Falle unzulässig, wenn — wie hier — der Versicherungsvertrag, aus welchem geklagt wird, auf dem Prinzipe der Gegenseitigkeit beruht,* — Präjudiz No. 2742. (Entscheidungen Bd. 55. S. 252.). Es kann daher nur die eventuell eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zugelassen werden.

Die beiden aufgestellten Nichtigkeitsgründe erscheinen nicht zutreffend. Thatsächlich unangefochten ist vom Appellationsrichter festgestellt, daß der Erblasser der Kläger, der Prinzliche Leib-Reitknecht Behrendt, im Jahre 1865 in Folge eines Schlaganfalls 4 Tage unter ärztlicher Behandlung bettlägerig war, daß er bald darauf seine gewohnte Thätigkeit, das Zureiten von Pferden, fortsetzen konnte, daß er im Jahre 1867 einen Sturz vom Pferde erlitt, der ohne erhebliche körperliche Verletzung eine Geisteskrankheit zur Folge hatte, welche sich bis zur Tobsucht steigerte, die seine Auf-

* Vergl. Bd. 59. S. 329., Bd. 60. S. 127. dieses Archivs.

Digitized by Google

nahme in die Charité zu Berlin veranlaßte, wo er am 29. Juli 1867 starb, und daß er nach jenem Schlaganfalle sein Leben für seine Erben mit 600 Rthlrn. mittelst Police vom 28. März 1866 bei der verklagten Gesellschaft versicherte und die Deklaration vom 8. März 1866 ausgestellt hatte, in welcher insbesondere die Frage (3.): „welchen Krankheiten waren Sie früher unterworfen?" beantwortet ist mit: „keinen." Ferner auf die Fragen: „wie ist Ihr gegenwärtiger Gesundheitszustand? und sind Sie mit besonderen Leiden, Gebrechen oder Körperschäden behaftet?" mit „Gut" beziehentlich mit „Nein" geantwortet ist. Weiter auf die Frage (6.): „giebt es einen in den bisherigen Fragen nicht berührten Umstand, der Ihre Gesundheit gefährdet?" die Antwort lautet: „Nein"; wogegen die Frage (8.): „wann und weshalb haben Sie sich zuletzt in ärztlicher oder wundärztlicher Behandlung befunden?" unbeantwortet blieb. Endlich schließt die Deklaration mit den Worten: „daß die Versicherung nichtig sein soll, wenn nachgewiesen würde, daß eine der in vorstehender Deklaration enthaltenen Angaben unwahr, oder daß irgend Etwas von mir verschwiegen worden ist, was auf das Versicherungsgeschäft hätte von Einfluß sein können." Ueber einen Mangel der Zurechnungsfähigkeit des Versicherten bei seiner Deklaration ist nichts festgestellt. Es erachtet aber der Appellationsrichter die Weigerung der Verklagten, die Versicherungssumme zu zahlen, schon in Gemäßheit des § 540. I. 11. des Allgem. Landrechts für begründet, weil der Schlaganfall, den der Erblasser der Kläger im Jahre 1865 erlitt, und dessen Gefährlichkeit damals schon sein Arzt erkannte, auf den Entschluß der Verklagten, die Lebensversicherung anzunehmen, hätte von Einfluß sein können; indem es nur auf die objektive Wahrheit des Ereignisses ankomme. Es kann auch nicht in Frage gestellt werden, daß die verklagte Gesellschaft auf den Versicherungs-Antrag nicht eingegangen wäre, wenn sie von dem Schlaganfalle des Versicherungs-

Digitized by Google

nehmers Wissenschaft gehabt hätte, und daß der Richter dies beurtheilen konnte, ohne darüber ein Gutachten der Sachverständigen einzuholen, da es ein allgemeiner Erfahrungssatz ist, daß jeder Schlaganfall mit der Gefahr seiner Wiederholung in längeren oder kürzeren Zwischenräumen verbunden ist, und daß repetirende Schlaganfälle endlich tödtlich sind. Und der Versicherer kann sich seiner Verpflichtung aus dem Versicherungsvertrage allerdings dadurch entziehen, daß er einen Irrthum nachweist, der nach allgemeinen Vorschriften zur Entkräftung der Willenserklärungen ausreichen würde, — §§ 75. ff. I. 4. des Allgem. Landrechts. Hier stellte aber der Appellationsrichter thatsächlich unangefochten nicht bloß einen Umstand fest, aus welchem sich ein wesentlicher faktischer Irrthum der Verklagten bei Errichtung des Versicherungsvertrages ergiebt, sondern auch, daß dieser Irrthum von dem Versicherten veranlaßt wurde durch dessen Angabe, er sei niemals krank gewesen.

Auch die unabsichtliche Erzeugung eines wesentlichen Irrthums aber machte den Versicherungsvertrag ungültig, — § 78. a. a. O., v. Holzschuher, Theorie, Bd. 2. S. 705. Und wiewohl der Appellationsrichter mit Umgehung dieser Rechtsfrage sein Entscheidungsargument aus § 540. I. 11. des Allgem. Landrechts entlehnte, der allerdings ein wissentliches, wenn schon kein doloses Verschweigen (541.) voraussetzt, so läßt doch seine weitere Ausführung darüber keinen Zweifel, daß er auch jenes Erforderniß als vorhanden annahm, so daß die Rüge wegen Verletzung des § 540. a. a. O. keinenfalls begründet erscheint. Aus dem Inhalte der einen Bestandtheil des Versicherungsvertrages bildenden Deklaration vom 8. März 1866 stellte nämlich der Appellationsrichter fest, daß der Versicherte volle Kenntniß von seiner überstandenen Krankheit hatte, wenn schon nicht von ihrem Charakter, als er die Versicherung abgab, er habe

Digitized by Google

keine Krankheit gehabt, und daß er wissentlich verschwieg, daß die in Folge jener Krankheit eingetretene Lähmung der Zunge damals noch nicht vollständig gehoben war. Und die Richtigkeit dieser thatsächlichen Feststellungen ist von den Imploranten nicht angefochten; sie beschweren sich nur über die Suppeditirung der Thatsache, daß bei jener Krankheit ihres Erblassers keine Lähmung des Gehirns eingetreten war, woraus der Appellationsrichter folgere, daß der Patient weder sein Bewußtsein, noch sein Erinnerungsvermögen verloren. Es würde demnach der selbstständige Entscheidungsgrund aus § 540. I. 11. des Allgem. Landrechts jedenfalls die Entscheidung halten.

No. 35. – II. Senat. Sitzung v. 29. Sept. 1870.

Fiskus ·/· Schultze. — Revision.

Gericht I. Instanz: General-Kommission in Berlin.
Gericht II. Instanz: Revisions-Kollegium für Landeskultursachen.

Auseinandersetzung wegen Brennholzgerechtigkeiten; Anrechnung der auf dem berechtigten Gut vorhandenen Feuerungsmittel.

Bei Gelegenheit der Auseinandersetzung wegen einer Brennholzgerechtigkeit in einem fremden Walde, welche auf das Bedürfniß beschränkt ist, muß das berechtigte Gut sich auf die Abfindung auch dann die eigenen Feuerungsmittel anrechnen lassen, wenn dieselben zur völligen Deckung des Bedürfnisses hinreichen, und hernach von dem Besitzer des verpflichteten Waldes eine Abfindung nicht zu gewähren bleibt.

Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 §§ 50. 52. 55. (Gesetz-Sammlung S. 53.); Gesetz No. 8235. vom 2. März 1850 Art. 4. (Gesetz-Sammlung S. 139.)

Digitized by Google

Auf die vom Provokanten, dem Fiskus, vertreten durch die Regierung in Potsdam, eingelegte Revision hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß bei Feststellung der dem Provokaten und Revisen zu gewährenden Jahresrente der Werth der auf dem berechtigten Grundstücke zu erzielenden eigenen Feuerungsmittel des Provokaten nicht verhältnißmäßig, sondern in ihrem ganzen Betrage in Anrechnung zu bringen, hiernach auch im ferneren Verfahren die gedachte Jahresrente anderweit zu berechnen.

Gründe:

Die unter den Parteien streitig gewordene Frage beruht darin, daß im ordentlichen Wege Rechtens die Brennholzberechtigung des Provokaten festgestellt, und im Tenor der Entscheidung die Einschränkung nicht ausgesprochen ist, daß der Provokat im Falle der Ablösung seines Rechtes im Wege der Gemeinheitstheilung sich seine eigenen Feuerungsmaterialien an- oder abrechnen lassen müsse.

Provokat ist der Meinung, daß aus diesem Grunde die Abrechnung letztgedachter Materialien unstatthaft sei. Allein die vorigen Richter haben diese Einrede verworfen. In dieser Hinsicht ist der Argumentation des zweiten Richters lediglich beizutreten, zumal Revise zur Widerlegung derselben in dritter Instanz nichts beigebracht hat.

2. Anlangend den weiteren Einwand des Provokaten, betreffend die Art der Abrechnung der eigenen Feuerungs-Materialien,

so verweist der Art. 4. des Gesetzes vom 2. März 1850, betreffend die Ergänzung und Abänderung der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821, im ersten Satze auf die §§ 52—55. derselben bei gewissen, speziell bezeichneten, auf einer Dienstbarkeit beruhenden Berechtigungen, mit dem Beifügen, daß noch nicht aufgedeckte Torfläger hierbei nicht in Betracht kommen sollen.

Digitized by Google

Dann heißt es wörtlich:

Mit dieser letzteren Maaßgabe finden die §§ 52. und 54. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung auch auf Streu- und Brennholzberechtigungen in fremden Forsten Anwendung, wenn sich dieselben auf das Bedürfniß derselben beschränken, und die Abrechnung der eigenen Düngerbereitungs- und Feuerungsmittel nicht ausdrücklich durch Urkunden, Judikate oder Statuten ausgeschlossen worden ist.

Schon ehedem ist die Frage streitig geworden:

ob in diesem Falle die Abrechnung der eigenen Mittel des berechtigten Grundstücks in ihrem ganzen Betrage, oder ob die Anrechnung derselben in einem gewissen Verhältniß zu dem Ertrage des verpflichteten Grundstücks zu geschehen habe.

Das Revisions-Kollegium hat sich für die letztere Alternative entschieden und ist bei seiner Ansicht verblieben, obwohl solche in dritter Instanz, wo die erste Alternative als richtig erachtet worden ist, keinen zustimmenden Anklang gefunden hat.

Bei dieser Lage der Sache ist auf die beiderseitigen Gründe noch einmal zurückzugehen.

Der Appellations-Richter beruft sich zunächst auf den inneren Zusammenhang der Agrargesetzgebung und auf den Zweck der diesfallsigen Auseinandersetzungen. Indem er die §§ 1. 30. 56. 91. und 93. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 allegirt, betont er die für die Gemeinheitstheilung leitenden Grundsätze, daß ein jeder Interessent für sein Theilnehmungsrecht abgefunden, und daß bei dem Anschlage der Berechtigungen auf die landübliche, örtlich anwendbare Art, das Recht zu benutzen, Rücksicht genommen werden soll.

Es wird sodann weiter bemerkt, daß der im § 54. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung gebrauchte Ausdruck „abrechnen“, wenn man denselben in seiner wörtlichen Bedeutung

Digitized by Google

auffassen würde, in nicht seltenen Fällen zu dem Ergebnisse führen müsse,

daß der Servitutberechtigte bei der Aufhebung der ihm zustehenden Grundgerechtigkeit im Wege der Gemeinheitstheilung gar keine Entschädigung erhalten würde,

was mit den leitenden Grundsätzen in geradem Widerspruche stehe.

Sodann meint der Richter,

man sei wohl befugt, die §§ 52. und 54. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung und den darin ausgesprochenen Grundsatz durch Vorschriften zu interpretiren, welche für einen analogen Fall gegeben seien.

Zu diesem Zwecke wird der § 50. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung allegirt, dahin lautend:

Sind über den in den letzten zehn Jahren auf der zu theilenden Weide unterhaltenen Viehstand des Berechtigten keine zulänglichen Nachrichten zu beschaffen, so muß das Maaß, in welchem ihm seine besonderen Weiden anzuschlagen sind, nach dem Verhältnisse sowohl seines, als des Viehstandes der mitberechtigten Weidetheilnehmer zu der Ergiebigkeit sämmtlicher von ihnen betriebenen gemeinschaftlichen und besonderen Weiden berechnet werden.

Dies sind die Gründe des Appellations-Richters.

Allein geht man davon aus, daß der Berechtigte bei der Ausübung der seinem Grundstücke zustehenden Grundgerechtigkeit nicht dadurch eingeschränkt ist — von dem Falle der Gemeinheitstheilung abgesehen — daß und soweit sich auf seinem eigenen Grundstücke nicht die Mittel darbieten, welche ihm die Grundgerechtigkeit gewähren soll, sondern daß er die ihm zustehende Gerechtigkeit zum Vortheile seines Grundstückes auch dann ausüben darf, wenn sein eigenes Grundstück hinreichende Mittel besitzt; nimmt man also auch an, daß derjenige, welcher eine unbestimmte Brennholzgerechtigkeit inne hat, auch in dem Falle für das Bedürfniß des be-

Digitized by Google

rechtigten Gutes Feuerungsmaterial verlangen kann, wenn dergleichen Feuerungsmittel auch auf dem berechtigten Gute zur Genüge vorhanden sein sollten, so liegt doch zu Tage, daß die Anwendung dieses Satzes auf die Gemeinheitsaufhebung nur dahin führen könnte,

daß auch bei der Gemeinheitsaufhebung der Berechtigte nicht schuldig sei, die auf dem berechtigten Gute vorhandenen Feuerungsmittel sich überhaupt abrechnen zu lassen.

Verstößt die ausdrücklich in den §§ 52. und 54. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung und im Art. 4. des Ergänzungsgesetzes gebotene „Abrechnung" gegen die obersten Grundsätze der Gemeinheitstheilungs-Ordnung, so ist dieser Verstoß ganz gleichmäßig dann vorhanden, wenn man diese Feuerungsmittel ganz, oder wenn man sie verhältnißmäßig abrechnet.

Was nun den zweiten Erwägungsgrund anlangt, so ist es zwar richtig, daß bei der Auslegung undeutlicher Gesetze auch eine analogische Auslegung unter Umständen zulässig ist; allein ganz abgesehen davon, ob der Sinn der vorliegend anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften zweifelhaft ist, so kann doch von einer Analogie deshalb nicht die Rede sein, weil die Grundlage des § 50. und der §§ 52. und 54. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung ganz verschieden sind. Der Betrag des auf dem berechtigten Gute vorhandenen Feuerungsmittels ist im vorliegenden Falle bekannt, der § 50. aber setzt ein Maaß für die besondere Weide des Hütungsberechtigten fest, wenn solches auf die gewöhnliche Art nicht gefunden werden kann.

Wenn man hiernach den Argumenten des Appellations-Richters einen entscheidenden Werth nicht beimessen kann, so läßt sich andererseits nicht leugnen, daß die Anwendung der §§ 52. und 54. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung, sowie des Art. 4. des Ergänzungsgesetzes in einzelnen Fällen zu einer gewissen Härte führen kann. Man sieht dies leicht,

Digitized by Google

wenn man den Fall setzt, daß Jemand eine Feuerungsberechtigung für Entgelt erworben hat, wiewohl er auf dem berechtigten Gute selbst hinreichende Feuerungsmittel besitzt; und er im Fall der Gemeinheitsaufhebung genöthigt werden soll, das gegen Entgelt erworbene Recht unentgeltlich aufzugeben.*

Allein die Härte des Gesetzes gestattet dem Richter nicht, das an sich deutliche Gesetz außer Anwendung zu lassen, oder abzuändern. Es sind daher nach dieser Richtung hin die Gründe in Betracht zu ziehen, durch welche das Ober-Tribunal in der veröffentlichten Entscheidung vom 20. Juni 1857 seine Ansicht zu rechtfertigen versucht hat, — vergl. Entscheidung des II. Senats vom 20. Juni 1857 (Entscheidungen Bd. 36. S. 205. ff.) und Entscheidung vom 19. März 1864 (Zeitschrift für Landeskultursachen Bd. 15. S. 361.).

Diese Gründe gehen dahin, daß der Sinn des Art. 4. des Ergänzungsgesetzes klar und deutlich, mithin also nicht erst durch Interpretation zu finden sei; wobei ferner geltend gemacht wird, daß weder die Gemeinheitstheilungs-Ordnung, noch auch das Ergänzungsgesetz irgendwo eine besondere Modalität der Abrechnung statuiren, wodurch diese zu einer andern Operation, als der einer Subtraktion gemacht werden würde.

Gegen diese Gründe ist etwas Erhebliches nicht beizubringen, weshalb auch die Abänderung der zweiten Entscheidung geboten wird.

* Vergl. Koch, Kommentar zum Allg. Landrecht, 4. Aufl., Bd. 2. S. 507. Anmerk. 29a.

Digitized by Google

No. 36. — I. Senat. Sitzung v. 30. Sept. 1870.

Slomowski ./. Slomowski. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Posen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Sicherstellung eines suspensiv bedingten Vermächtnisses.

Der mit einem suspensiv bedingten Vermächtnisse bedachte Legatar darf Sicherstellung des Vermächtnisses nicht anders fordern, als der Eigenthümer dazu gegen den Nießbraucher berechtigt ist.

A. L. R. I. 12. §§ 290. 466. 472. 479-482., 21. §§ 19. 20.

Der Kläger war durch das wechselseitige Testament seiner Eltern, der Elias und Ernestine Slomowski'schen Eheleute, vom 7. März 1863 in guter Absicht enterbt; es war ihm jedoch zugleich eine lebenslängliche Rente von 200 Rthlrn. in der Weise vermacht worden, daß er dieselbe erst vom Todestage desjenigen der Eltern, welcher zuletzt sterben würde, beziehen solle. Der Vater ist gestorben, die Mutter besitzt den Nachlaß als Nießbraucherin, und Kläger verlangte von ihr, wie von den übrigen Erben, seinen Geschwistern, Sicherstellung seiner Rente auf Grund der gesetzlichen Vorschrift des § 290. I. 12. des Allg. Landrechts, welche einem mit einem Geldvermächtnisse bedachten Legatar das Recht verleiht, wegen dieses Vermächtnisses aus dem gesammten Nachlasse Sicherheitsbestellung in dem Nachlasse, auch ohne besondere Einwilligung der Erben, zu verlangen. Die Verklagten setzten dem Kläger den Einwand entgegen, daß er in einer notariellen Erklärung vom 24. Juli 1867 dem Rechte, irgend eine Sicherstellung dieser Rente fordern zu dürfen, entsagt habe, Kläger replizirte aber, daß dies nur geschehen sei, nachdem die Mitverklagten, Schottländer und Basch, seine Schwäger, ihm zugesichert hätten, daß er nach

Digitized by Google

Ausstellung der Entsagungsakte eine Unterstützung von einigen hundert Thalern erhalten solle, welche seine Mutter ihm zugesagt habe, die sie aber ohne Zustimmung der beiden Genannten nicht gewähren könne, in deren Händen der Nachlaß sich thatsächlich befinde. Nachdem er die Erklärung vom 24. Juli 1867 abgegeben, hätten Schottländer und Basch jede Zahlung verweigert, und deshalb sei auch Kläger an die Entsagung nicht gebunden.

Kläger trug allen Verklagten den Eid über die behauptete Verabredung an, der auch von den Verklagten angenommen, demnächst aber nur von drei derselben geleistet worden ist, und die Verklagten sind demnächst in beiden früheren Instanzen verurtheilt worden, für die richtige und pünktliche Zahlung der gedachten Rente dem Kläger Sicherheit zu bestellen.

Auf die von den Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß das Urtheil des Civilsenates des Appellationsgerichtes zu Posen vom 17. September 1869 zu vernichten, und unter Abänderung des Erkenntnisses des Kreisgerichtes zu Posen vom 28. November 1868 der Kläger mit seiner auf Sicherstellung der ihm in dem Testamente der Slomowski'schen Eheleute vom 7. März 1863 ausgesetzten Rente von 200 Rthlrn. gerichteten Klage zur Zeit abzuweisen.

Gründe:

Die Verklagten hatten in zweiter Instanz den Anspruch des Klägers auch noch aus dem Grunde bestritten, weil die Rente von 200 Rthlrn. ihm nur unter der Bedingung ausgesetzt worden sei, daß er seine Mutter überleben werde, und in einem solchem Falle der unter einer aufschiebenden Bedingung bedachte Legatar nur eben so, wie ein Eigenthümer vom Nießbraucher, Kaution verlangen dürfe, also bei Vernachlässigungen, deren der Nießbraucher des Nach-

lasses sich schuldig mache. Vom Appellationsrichter ist dagegen das Rentenlegat für ein unbedingtes erachtet worden, weil der Tod der Mutter des Klägers einmal gewiß eintreten werde, nur der Zeitpunkt desselben unbestimmt sei. Angenommen aber auch — sagt das Urtheil weiter — das Legat sei suspensiv bedingt, so müßten die Verklagten für dasselbe dennoch Kaution bestellen, weil der § 290. I. 12. des Allgem. Landrechts zwischen also bedingten und unbedingten Legaten nicht unterscheide, und weil aus den Vorschriften dieses Titels über bedingte Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse höchstens folge, daß der Legatar Kautionsbestellung alsdann nicht fordern könne, wenn es bloß von ihm abhänge, die Bedingung zur Wirklichkeit zu bringen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde greift diese beiden Gründe an, es kann jedoch nur auf Prüfung des zweiten Grundes ankommen, wenn derselbe nicht richtig ist, und das muß angenommen werden. Die Imploranten erkennen an, daß im § 290 a. a. O. dem Legatar das Recht, Sicherstellung für sein Vermächtniß zu fordern, beigelegt ist, ohne eine Ausnahme hinsichts suspensiv bedingter Legate zu machen; sie finden aber diese Ausnahmebestimmung mit Recht in anderen gesetzlichen Vorschriften. Es verordnen nämlich § 482. I. 12. daß, wenn ein Vermächtniß unter einer aufschiebenden Bedingung verlassen ist, die von so bedingten Erbeseinsetzungen handelnden Bestimmungen ebenfalls Anwendung finden sollen, und hinsichts dieser verweisen Imploranten auf den § 480. daselbst, welcher lautet:

> Zwischen den Intestaterben und dem bedingt eingesetzten Testamentserben findet eben das Verhältniß statt, wie zwischen dem eingesetzten Erben und dem fideicommissarisch nachgesetzten Erben.

Hierbei ist in Parenthese auf §§ 466. ff. daselbst hingewiesen, welche von fideicommissarischen Substitutionen handeln, und von denen § 466. vorschreibt:

Digitized by Google

Bei der fideicommissarischen Substitution hat der eingesetzte Erbe, oder Legatar, so lange, bis der Substitutionsfall eintritt, alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers;

und im § 472. heißt es noch besonders:

Uebrigens finden wegen der Befugniß des Substituten, Kautionsbestellung zu fordern, ... die zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer gegebenen Vorschriften ebenfalls Anwendung.

Aus diesem Zusammenhang folgt augenscheinlich, daß der mit einem suspensiv bedingten Vermächtnisse bedachte Legatar Sicherstellung des Vermächtnisses nicht anders fordern darf, als der Eigenthümer dazu gegen den Nießbraucher berechtigt ist, und man darf sich nicht in einem solchen Falle auf den § 290. a. a. O. berufen, weil dieser Paragraph unter den allgemeinen Vorschriften von Vermächtnissen überhaupt enthalten ist, er die in der Regel stattfindenden Vermächtnisse voraussetzt, von denen der § 288. sagt, daß das Eigenthum der in einem Testamente Jemanden zum Legate ausgesetzten Sachen und Rechte „in der Regel“ mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatar übergehet, in den späteren Abschnitten des Titels aber die Ausnahmen von dieser Regel, oder Beschränkungen derselben, abgehandelt werden, wohin die Fälle einer vom Testator angeordneten Substitution, wie der bedingten Vermächtnisse, gehören. Bestimmen nun hinsichts dieser Fälle die §§ 430. 466. 472. a. a. O., daß der Legatar Kaution nur ebenso, wie der Eigenthümer vom Nießbraucher fordern darf, so wird man dadurch auf die betreffenden Vorschriften im 21. Titel Theil I. hingewiesen, und hier verordnen die §§ 19. und 20., daß der Eigenthümer vom Nutzungsberechtigten eine nicht ausdrücklich vorbedungene Kaution zu fordern in der Regel nicht befugt ist, sobald jedoch wahrscheinliche Besorgnisse eines Mißbrauches, oder einer Vernachlässigung eintreten, der Eigenthümer Sicher-

Digitized by Google

stellung gegen die bevorstehende Beschädigung oder Verringerung der Substanz, allerdings verlangen kann.

Das Appellations-Urtheil bezieht sich noch auf den § 481. I. 12. a. a. O., aber ebenfalls ohne Grund. Nachdem nämlich § 480., wie oben schon angeführt ist, bestimmt hat, daß zwischen dem Intestaterben und dem bedingt eingesetzten Testamentserben eben das Verhältniß stattfinde, wie zwischen dem eingesetzten und dem fideicommissarisch nachgesetzten Erben, kann der darauf folgende § 481. indem er festsetzt:

Doch kann der bedingt eingesetzte Erbe in keinem Falle Kaution fordern, wenn es blos von ihm abhängt, die Bedingung zur Wirklichkeit zu bringen,

nichts anderes bedeuten, als daß ein solcher Erbe in einem Falle dieser Art selbst dann nicht Kaution fordern kann, wenn er dieselbe an und für sich ansprechen durfte, wenn also selbst gemäß § 472. I. 12. und §§ 19—20. I. 21. Kautionsbestellung wegen drohender Beschädigung oder Verringerung der Substanz begehrt werden könnte; damit ist aber bereits ausgedrückt, daß es bei jenen Vorschriften verbleibt, sobald nicht von einer Potestativbedingung die Rede ist. Wenn der Appellations-Richter ausspricht, es könne aus den §§ 479—482. höchstens folgen, daß der Legatar Kaution nicht fordern dürfe, wenn es nur von ihm abhänge, die Bedingung zur Wirklichkeit zu bringen, so giebt er damit nur den Inhalt des § 481. wieder, ignorirt aber ganz den der drei anderen Paragraphen, von denen 479 freilich garnicht in Betracht kommen kann, weil er nur von der Bestellung eines Nachlaßcurators spricht, wenn der Intestaterbe unbekannt ist, die §§ 430. und 482. soeben besprochen worden sind. Die Beschwerde der Imploranten über Verletzung dieser beiden Gesetzstellen, wie ferner der §§ 290. 466. I. 12. und der §§ 19. 20. I. 21. des Allgem. Landrechts ist daher begründet.

Digitized by Google

Das Appellations-Urtheil kann auch nicht etwa durch den Ausspruch gehalten werden, daß das Vermächtniß der Rente kein bedingtes, sondern ein betagtes, und zwar mit einem unbestimmten Ereigniß betagt sei, weil § 486. I. 12. bestimmt, daß die in den §§ 478—485. gegebenen Vorschriften auch alsdann gelten sollen, wenn Jemanden eine Erbschaft oder ein Vermächtniß nur von einem gewissen Tage an beschieden worden ist.

Muß aber hiernach das Urtheil zweiter Instanz aus dem Grunde vernichtet werden, weil der darin aufgestellte Grundsatz: daß § 290. I. 12. des Allgem. Landrechts den Erben zur Bestellung einer Kaution für jedes Legat verpflichte, ohne Unterschied zwischen bedingten und unbedingten, unrichtig ist, so kommt auf den weiteren Inhalt der Nichtigkeitsbeschwerde und die darin enthaltenen Angriffe nichts an, sie können daher auf sich beruhen.

Die anderweitige Entscheidung der Hauptsache ergiebt sich von selbst aus der bisherigen Erörterung dahin, daß der Kläger für jetzt abgewiesen werden muß, weil er nicht behauptet hat, daß solche Umstände vorliegen, unter denen der Eigenthümer einer Sache von dem Nießbraucher derselben Sicherstellung wegen drohender Beschädigung oder Verringerung der Substanz fordern darf, dergleichen Umstände aber künftig noch eintreten können, und in dem alsdann stattfindenden Rechtsgange auch über die Gültigkeit der Entsagungs-Urkunde vom 24. Juli 1867 wieder gestritten werden kann, über welche jetzt zu entscheiden keine Veranlassung gegeben ist. Dies führt zur Abänderung des ersten Erkenntnisses, welches die Verklagten zur Leistung der Sicherstellung verurtheilt hat, ohne die Verpflichtung derselben hierzu einer Prüfung zu unterziehen, die auch in erster Instanz nicht grundsätzlich bestritten worden war.

Digitized by Google

No. 37. — IV. Senat. Sitzung v. 30. Sept. 1870.

Sommer ·/· Fiskus. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Stempelpflichtigkeit der Legate; Legat des Nießbrauchs an Kapitalien.

Es enthält kein Vermächtniß eines Nießbrauchs von Kapitalien, und keine Bereicherung um die Zinsen im Sinne des § 9a. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822, wenn Jemandem durch Testament die Verpflichtung auferlegt ist, seinen Kindern bei ihrer Großjährigkeit eine bestimmte Summe zu zahlen und diese durch Eintragung auf ein ihm vermachtes Grundstück sicher zu stellen, und dabei ausdrücklich festgesetzt ist, daß er bis zur Großjährigkeit seiner Kinder die vermachten Beträge nicht zu verzinsen habe.

Stempelgesetz vom 7. März 1822 § 9a. (Gesetz-Sammlung S. 57.)

Im Testamente war dem Kläger ein Haus vermacht. Dabei war ihm die Verpflichtung auferlegt, jedem seiner beiden Kinder bei ihrer Großjährigkeit 1000 Rthlr. zu zahlen und diese Summe durch Eintragung auf das Grundstück sicher zu stellen, und zugleich ausdrücklich festgesetzt, daß er bis zur Großjährigkeit der Kinder die vermachten Beträge nicht zu verzinsen haben solle.

Der Fiskus verlangte Zahlung des Legatenstempels wegen der Zinsen. Kläger behauptete Nichtverpflichtung hierzu.

Der Appellations-Richter nahm die Nicht-Stempelpflichtigkeit an. Das Ober-Tribunal hat die vom Fiskus eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zwar für begründet erachtet, in

Digitized by Google

der Sache selbst jedoch das zweite Erkenntniß aufrecht erhalten.

Gründe:

Der § 9. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 lautet unter a.:

> Der Erbschaftsstempel wird von demjenigen Betrage gezahlt, um den der Erbe oder Legatar durch den Empfang der Erbschaft oder des Legats wirklich reicher wird. Es gehören daher zur stempelpflichtigen Erbschaftsmasse alle ausstehenden Forderungen derselben; auch diejenigen, welche der Erbe selbst oder ein Legatar zur Masse schuldet, oder ihnen erst mit der Erbeseinsetzung oder durch das Vermächtniß erlassen worden. Dagegen kommen auch von der Erbschaft in Abzug alle Schulden und Lasten, welche mit und wegen derselben übernommen worden.

Mit Recht nimmt der Appellations-Richter zur Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht des ersten Richters an:

> es sei insofern eine mehrfache Bestempelung desselben Objekts zulässig, als wenn durch den Empfang der Erbschaft oder des Legats, von einer und derselben Summe der Eine das Kapital und der Andere die Nutzungen *erhalte*, ein Jeder von ihnen *Dasjenige*, um was er *hierdurch* bereichert worden sei, bestempeln lassen müsse.

Wenn aber der Appellations-Richter dann weiter meint:

> es komme darauf an: ob diese Bereicherung *lediglich* durch die letztwillige Verordnung, beziehentlich durch die gesetzliche Erbfolge *begründet werde*, und *nicht schon* aus *anderen gesetzlichen Gründen entstehen* würde,

und den Verklagten *allein aus dem Grunde* für nicht berechtigt erachtet, vom Kläger den in Rede stehenden defektirten Nießbrauchsstempel zu fordern, weil (zwar) im vorliegenden Falle die Bereicherung der Kinder des Klägers um das Kapital ihrer Vermächtnisse eine unmittelbare Folge

Digitized by Google

der letztwilligen Verordnung sei, der Kläger aber den Zinsgenuß von diesen Kapitalien

schon ohne eine diesfällige Festsetzung nach den §§ 156. 168. II. 2. des Allgem. Landrechts

würde erlangt haben, so rügt die Nichtigkeitsbeschwerde dieser Argumentation gegenüber mit Recht die Verletzung des § 9. a. a. O. Denn die Worte: „lediglich", „nicht schon entstehen würde", „schon ohne eine diesfällige Festsetzung", geben klar zu erkennen, daß der Appellations-Richter eine Prüfung, ob im vorliegenden Falle das fragliche Testament eine Festsetzung dahin:

daß der Kläger die Nutzungen (den Zinsgenuß) von den seinen Kindern vermachten Kapitalien erhalten solle,

enthalten? für überflüssig erachtet, also angenommen hat: es komme hierauf zur Beurtheilung der streitigen Stempelpflichtigkeit überhaupt deshalb nicht an, weil,

auch wenn die fragliche letztwillige Verordnung eine diesfällige Festsetzung enthalte,

eine dem Erbschaftsstempel unterliegende Bereicherung des Klägers um den Zinsengenuß der Kapitalien seiner Kinder dennoch nicht anzunehmen sei, da er auch in diesem Falle diesen Zinsengenuß

nicht lediglich durch die letztwillige Verordnung und als eine unmittelbare Folge derselben

erlangen, sondern:

schon nach den §§ 156. und 168. II. 2. des Allg. Landrechts, welche bereits einen anderen gesetzlichen Entstehungsgrund für die Bereicherung bildeten,

erlangt haben würde. Darin irrt der Appellationsrichter offenbar rechtlich. Es versteht sich von selbst, daß, wenn in einer letztwilligen Verordnung, worin unter väterlicher Gewalt stehenden Kindern ein Zinsen tragendes Kapital vermacht ist, keine andere Festsetzung in Betreff des Zinsengenusses enthalten ist, von einem dem Vater der Kinder

Digitized by Google

„vermachten“ Zinsengenusse, der dem Erbschaftsstempel unterliegen sollte, überhaupt nicht die Rede sein kann, und ebensowenig von einer Bereicherung des Vaters im Sinne des § 9. des Stempelgesetzes, da der Vater ein Legat des Zinsengenusses nicht empfangen hat, und lediglich und allein die gesetzlichen Bestimmungen für die Fragen maaßgebend sind:

ob, in welchem Umfange und wie lange er als Nießbraucher des nicht freien Vermögens seiner Kinder die Zinsen des diesen vermachten Kapitals für sich zu verwenden befugt sei?

Anders dagegen, wenn der Erblasser, von dessen freiem Willen es abhängt, einen Vater von dem Nießbrauche eines dessen Kindern vermachten Kapitals, es sei zum Besten der Kinder oder zu Gunsten eines Dritten, ganz auszuschließen, oder ihn darin zu beschränken oder ihm den Zinsengenuß unter anderen, als den für den väterlichen Nießbrauch am nicht freien Vermögen der Kinder gegebenen gesetzlichen Vorschriften zuzuwenden, ausdrücklich bestimmt, daß der Vater die Nutzungen des den Kindern vermachten Kapitals erhalten solle. Denn dann liegt eine dem Vater vom Erblasser gemachte Zuwendung nach § 421. I. 12. des Allg. Landrechts, das Vermächtniß eines Nießbrauchs vor, und dieser auf letztwilliger Verordnung beruhende Nießbrauch ist ein vom gesetzlichen Nießbrauche des Vaters am nicht freien Vermögen der Kinder (§§ 156. 168. a. a. O.) seiner rechtlichen Natur, wie seiner Dauer nach in mehr als einer Beziehung verschiedener. Es genügt, darauf hinzuweisen, daß die Rechte, welche der Vater durch einen ihm vermachten Nießbrauch an einem seinen Kindern legirten Kapitale erlangt, nicht dadurch gekürzt und beeinträchtigt werden, daß das den Kindern vermachte Kapital selbst zur Bezahlung von aus deren unerlaubten Handlungen entstandenen Schulden angegriffen werden könnte

Digitized by Google

(§ 203. II. 2. des Allgem. Landrechts), auch den Kindern gegenüber weder davon, daß der Vater für ihre standesmäßige Erziehung und Unterhalt sorgt, abhängen (§ 204. a. a. O.), noch für ihn dadurch, daß er in Konkurs verfällt (§ 206.), oder eine Einschränkung oder Aufhebung der väterlichen Gewalt eintritt (§ 264.), verloren gehen. Dies Alles sind Vortheile, die nicht nur keine unmittelbare Folgen der zitirten §§ 156. 168., sondern gerade abweichend von den dadurch einem Vater begründeten Rechten, ausschließlich aus der betreffenden letztwilligen Verordnung abzuleiten sind. Durch die unterlassene Prüfung des Inhalts des hier vorliegenden Testaments aus abstrakten, in ihrer Allgemeinheit, wie gezeigt, unzutreffenden Gründen hat der Appellations-Richter sonach, außer dem § 9. des Stempelgesetzes, auch diese Paragraphen unrichtig angewendet. Die Nichtigkeitsbeschwerde erscheint daher schon deshalb begründet, ohne daß es auf eine Beurtheilung der übrigen Angriffe noch ankommen kann.

Bei freier Beurtheilung erscheint aber der vom Verklagten geltend gemachte Anspruch auf Nachzahlung von 25 Rthlrn. Nießbrauchsstempelsteuer nicht gerechtfertigt und der Antrag des Klägers daher begründet, weshalb die angefochtene Entscheidung des Appellations-Richters aufrecht zu erhalten ist.

Denn nach dem von den Parteien vorgetragenen Inhalte des in Rede stehenden Testaments liegt der Fall,

daß der Kläger im Sinne des § 9. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 das **Legat** eines Nießbrauchs empfangen (zugewendet erhalten) habe, **durch welches er** um den Genuß von jährlich 100 Rthlrn. Zinsen der seinen Kindern vermachten 2000 Rthlr. **wirklich reicher geworden** sei,

überhaupt und jedenfalls zur Zeit nicht vor. Der Erblasser hat dem Kläger die Verpflichtung auferlegt, seinen Kindern bei ihrer Großjährigkeit je 1000 Rthlr. zu zahlen

Digitized by Google

und durch Eintragung auf einem ihm beschiedenen Grundstücke sicher zu stellen, dabei aber ausdrücklich festgesetzt, daß er bis zur Großjährigkeit der Kinder die vermachten Beträge nicht zu verzinsen habe. Diese Festsetzung enthält ganz unzweifelhaft kein Vermächtniß eines Nießbrauchs von Kapitalien, —

(§ 421. I. 12., §§ 22. 101. I. 21. des Allgem. Landrechts),

sondern die Bestimmung eines bestimmten von der Vorschrift des § 294. I. 12. abweichenden Zahlungstages unter Befreiung von der nach § 328. ebenda dem Erben obliegenden Pflicht, Geldvermächtnisse vom Ablaufe der Deliberationsfrist ab zu verzinsen. Erst mit dem Todestage des Klägers soll während der Minderjährigkeit der Kinder Verzinsung für diese eintreten. Und wenn Erblasser weiter angeordnet hat: falls inzwischen (d. h. bis zur Großjährigkeit der Kinder)

„durch einen Verkauf des Grundstücks oder auf andere Art“

eine Verzinsung der ihnen vermachten Beträge herbeigeführt werde, so sollen die Zinsen bis zur Großjährigkeit dem Kläger verbleiben, so kann, ganz abgesehen davon, daß jedenfalls zur Zeit von einer Bereicherung des Klägers nicht die Rede sein kann, da Verklagter nicht einmal behauptet hat, daß eine Verzinsung der den Kindern des Klägers vermachten 2000 Rthlr. bereits herbeigeführt sei, in solcher Anordnung auch nicht die Aussetzung eines Nießbrauchslegats im gesetzlichen Sinne gefunden werden. Sowie es in die Willkür des Klägers gestellt ist, ebenso: ob er das Grundstück verkaufen oder behalten, als: ob er von dem Käufer für die Zeit bis zur Großjährigkeit der Kinder sich Zinsen der auf dem Grundstücke für diese eingetragenen 2000 Rthlr. stipuliren lassen will, so liegt auch in den vom Testator gebrauchten Worten nicht die Zuwen-

Digitized by Google

dung eines irgend bestimmten Vortheils im Sinne des § 9a. des Stempelgesetzes, womit eine Bereicherung des Klägers in der Zukunft neu verbunden wäre. Die Voraussetzungen, unter denen nach den §§ 9a. und 16. des Stempelgesetzes auf Grund der Bestimmungen der Tarifposition: „Erbschaften, sowie auch Vermächtnisse oder Legate“ neben dem von den den Kindern des Klägers vermachten 2000 Rthlrn. zu lösenden Stempel noch ein besonderer Nießbrauchslegatenstempel in Ansatz gebracht werden könnte, sind sonach im vorliegenden Falle allerdings nicht vorhanden, und dadurch rechtfertigt sich der Klageantrag und die dem gemäß in den Vorinstanzen ausgesprochene Verurtheilung des Verklagten.

No. 38. — III. Senat. Sitzung v. 3. Okt. 1870.

Freudenthal ./. Krzystof. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Rybnick.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Ratibor.

Substanziirung der Anfechtungsklage; Gegenbeweis gegen die Annahme der Vermögens-Unzulänglichkeit aus dem § 3. des Anfechtungsgesetzes vom 9. Mai 1855.

a. Die Anfechtungsklage aus dem Gesetze vom 9. Mai 1855 ist nicht schon deshalb als unsubstanziirt zurückzuweisen, weil die Unzulänglichkeit des dem Exekutionsschuldner gehörigen Grundstückes nicht schon in der Klage behauptet ist.

b. Die §§ 3. und 4. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 enthalten materielle Gesetzesvorschriften.

c. Plenarbeschluß vom 20. Juni 1870: Gegen die Annahme der Vermögens-Unzulänglichkeit auf Grund des § 3. des Gesetzes vom 9. Mai 1855

Digitized by Google

kann in dem Prozesse über die Anfechtung einer Rechtshandlung des Schuldners durch Nachweisung geeigneter Vermögens-Objekte desselben ein Gegenbeweis geführt werden.*

Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855 §§ 3. 4. (Gesetz-Sammlung S. 429.)

Der Kläger hatte gegen den Fleischer Krzystof eine ausgeklagte Wechselforderung. Bei der Exekution aus dem Urtheil wurden abpfändungsfähige Sachen nicht vorgefunden, indem die in der Wohnung des Krzystof befindlich gewesenen Gegenstände von der Ehefrau und von dem Vater desselben im Wege der Intervention in Anspruch genommen wurden.

Kläger focht deshalb auf Grund des Gesetzes vom 9. Mai 1855 eine Hypothek an, die Krzystof nach Entstehung der Wechselschuld für seine Ehefrau mit seinem Grundstücke bestellt hatte.

Der Appellations-Richter wies die Klage als unsubstanziirt ab, weil nicht schon in derselben unter Beweis gestellt sei, daß Kläger innerhalb der Jahresfrist aus den Revenüen nicht habe seine Befriedigung erlangen, oder daß seine Forderung nicht habe durch den gerichtlichen Verkauf beigetrieben werden können.

Auf die vom Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil **vernichtet**, und die Sache in die erste Instanz zurückgewiesen.

Gründe:

Der Appellations-Richter führt aus:

daß das Requisit der Vermögens-Unzulänglichkeit nach Maaßgabe des Anfechtungsgesetzes vom 9. Mai 1855 fehle,

* Vergl. das Urtheil des IV. Senats vom 4. Oktober 1866, Bd. 65. S. 80. dieses Archivs.

Digitized by Google

da der Kläger sich auf einen lediglich die Mobiliarpfändung zum Gegenstande habenden Exekutionsbericht berufen habe, der Ehemann der Verklagten aber Grundstücksbesitzer sei, Kläger mithin zufolge des § 4. No. 3. a. a. O. dieses Grundstück habe in Anspruch nehmen müssen. Da er es unterlassen, schon in der Klage den Beweis anzutreten, daß innerhalb Jahresfrist aus den Revenüen seine Befriedigung nicht zu erlangen gewesen, oder daß seine Forderung durch gerichtlichen Verkauf nicht habe beigetrieben werden können, so fehle der Klage die erforderliche Substanziirung, welche später nicht habe ergänzt werden können.

In dieser Begründung der ohne vorherige Beweisaufnahme unter Bestätigung des ersten Erkenntnisses ausgesprochenen Abweisung des Klägers findet dieser — und zwar mit Recht — eine Verletzung der §§ 2. 3. No. 1., des § 4. No. 3., des § 7. No. 4. des Anfechtungsgesetzes vom 9. Mai 1855.

Nach der in die richterliche Sachdarstellung aufgenommenen, in der Klage vorgetragenen und für die Nichtigkeitsbeschwerde als richtig vorauszusetzenden Behauptung des Klägers haben sich bei der Exekutionsvollstreckung keine abpfändungsfähigen Sachen vorgefunden, indem die in der Wohnung des Exequenden befindlich gewesenen Gegenstände von der Ehefrau und beziehungsweise von dem Vater des Letzteren als ihr Eigenthum interveniendo in Anspruch genommen worden sind. Der § 3. des Gesetzes lautet:

„Eine Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners ist anzunehmen:

1. wenn bei der von dem Gläubiger veranlaßten Auspfändung keine Exekutionsgegenstände, oder nur solche Gegenstände vorgefunden worden sind, deren Unzulänglichkeit sich klar ergiebt, oder welche von dritten Personen in Anspruch genommen werden, sofern der

Digitized by Google

Schuldner auf Befragen andere Gegenstände nicht sofort nachweist."

Die Anführungen der Klage entsprechen mithin bezüglich einer von vornherein anzunehmenden Vermögens-Unzulänglichkeit den Anforderungen des Gesetzes. Die aus dem § 3. sich ergebende Annahme wird auch nicht durch den Umstand alterirt, daß aus der Klage selbst die Existenz eines dem Schuldner gehörigen Grundstücks sich ergiebt, eben desjenigen, mit welchem dieser seiner Ehefrau die jetzt angefochtene Hypothek bestellt hat, und war es nicht Sache des Klägers, schon in der Klage rücksichtlich dieses Vermögensobjekts den von dem Appellations-Richter erforderten Beweis anzutreten. Es war mithin auch nicht für verspätet zu erachten, wenn Kläger erst in der Replik, beziehungsweise bei den mündlichen Verhandlungen unter Angabe entsprechender Thatsachen die Unzulänglichkeit des Grundstücks behauptete, und diese Behauptungen in der Appellations-Rechtfertigung vervollständigte, nachdem die Verklagte in der Klagebeantwortung die Vermögens-Unzulänglichkeit unter Verweisung des Klägers auf das Grundstück bei spezieller Werthsangabe des letzteren bestritten hatte. Durch die Annahme,

daß die Klage aus dem oben angeführten Grunde als eine von vornherein nicht substanziirte zu betrachten, und lediglich deshalb abzuweisen sei,

hat daher der Appellations-Richter nicht etwa gegen einen nur prozessualischen Grundsatz verstoßen, vielmehr die allegirten materiellen Gesetzesvorschriften, speziell den § 3. No. 1. und den § 4. No. 3. verletzt, und seine Entscheidung ist nichtig.

Bei freier Beurtheilung kann jedoch aus mehrfachen Gründen noch nicht definitiv erkannt werden.

Zunächst sind die über die fruchtlos erfolgte Mobiliar-Exekution sich verhaltenden Behauptungen des Klägers zu-

Digitized by Google

folge des am Schlusse der Klagebeantwortung ausgesproche-nen Bestreitens aller nicht zugestandenen Behauptungen für bestritten zu erachten. Es muß daher über diese für den Prozeß präjudizielle Streitfrage durch Vorlegung der in Bezug genommenen Akten Beweis erhoben werden, da die übrigen Voraussetzungen des Gesetzes für die Annahme der Vermögens-Unzulänglichkeit vorhanden sind.

Die Forderung des Klägers ist vollstreckbar (§ 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1855); sie ist (§ 9.) vor der angefochtenen Rechtshandlung entstanden, da der Anfangspunkt ihrer Entstehung nicht etwa — wie die Verklagte geltend macht — mit dem Tage des gesprochenen Erkenntnisses, sondern mit dem Tage der Ausstellung, beziehungsweise Acceptirung des Wechsels zusammenfällt, bezüglich dessen es gleichgültig ist, ob — wie Verklagte behauptet — ihr Ehemann etwa keine Valuta darauf erhalten, denselben vielmehr, was Kläger gewußt haben soll, aus Gefälligkeit gegen eine dritte Person acceptirt hat, da ja eben das Accept die Wechselschuld des Acceptanten schafft, unabhängig von der Frage einer darauf gegebenen und empfangenen Valuta. Im Uebrigen ist die Anfechtungsklage, da es sich um eine in einer Hypothekenbestellung beruhende Veräußerung an des Schuldners Ehefrau handelt, und seitdem bis zur Klageanstellung zwei Jahre noch nicht verflossen sind, — a priori sowohl nach § 5. No. 3., wie nach § 7. No. 4. des Gesetzes begründet.

Nach § 5. wird die Absicht, den Gläubiger zu bevortheilen, vermuthet.

Die Anfechtungsklage kann indessen durch den Nachweis solcher Umstände Seitens des anderen Theils beseitigt werden, aus welchen das Nichtwissen des Letzteren bezüglich einer solchen Absicht zu entnehmen ist. Wenn mithin die Verklagte den von ihr angetretenen Beweis erbringt,

daß sie erst im Juni 1867, also kein volles Jahr vor der

Digitized by Google

Hypothekenbestellung, eine Erbtheilsforderung von 400 Rthlrn. ausgezahlt erhalten, und in ihres Mannes Verwaltung gebracht hat,

so war der Letztere zufolge des § 255. II. 1. des Allgem. Landrechts und des Art. 12. des Einführungsgesetzes zur Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 zur Leistung der in Frage stehenden Sicherstellung seiner Frau verpflichtet, und durch die von seinem freien Willen nicht abhängige Eintragung erscheint die obige gesetzliche Vermuthung ausreichend widerlegt. Deshalb muß auch über die betreffende Einrede der Verklagten der darüber in der Klagebeantwortung und in der mündlichen Verhandlung angetretene Beweis erhoben werden.

Nicht anders stellt sich die Sache im praktischen Erfolge, wenn der Anfechtungsklage der § 7. No. 4. a. a. O. zum Grunde gelegt wird. Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner seiner Ehefrau wegen ihres in seine Verwaltung gekommenen Vermögens Sicherheit bestellt, unterliegen — ganz unabhängig von einer dabei vorwaltenden dolosen Absicht des Schuldners — freilich der Anfechtung, ausgenommen jedoch in dem Falle, wo der Fall einer gesetzlichen Verpflichtung zur Sicherstellung vorliegt.

Auch aus diesem Gesichtspunkte ist mithin die Aufnahme des Beweises über die oben erwähnte Einrede geboten.

Mißlingt dieser Beweis, so steht dem Klageanspruche noch eine weitere, zwar in thatsächlicher Beziehung bestrittene, aber mit Beweisantretung unterstützte Einrede entgegen. Das Grundstück No. 60. zu Belk, dem Ehemanne der Verklagten gehörig, mit welchem derselbe der Letzteren die jetzt angefochtene Sicherheit bestellt hat, soll nach Behauptung der Verklagten einen Flächeninhalt von 50 Morgen haben, mit nur 800 Rthlrn. Hypotheken belastet sein, und einen Werth von mindestens 2000 Rthlrn. haben. Da die exekutionsfähige Forderung des Klägers nur 125 Rthlr. 22 Sgr.

Digitized by Google

6 Pf. nebst Zinsen seit 18. Juli 1868 und 6 Rthlr. 2 Sgr. 6 Pf. an Provision und Protestkosten beträgt, so bestreitet die Verklagte mit Rücksicht auf den Grundstückswerth die Vermögens-Unzulänglichkeit ihres Ehemannes.

Die Erheblichkeit einer derartigen behufs Widerlegung der aus dem § 4. des Gesetzes sich ergebenden Vermuthung erhobenen Einrede ist in einer Entscheidung des vierten Senats vom 4. Oktober 1866, abgedruckt in Striethorst's Archiv Bd. 65. S. 30., verneint worden. Dort ist ausgeführt:

Die Wortbedeutung einer Annahme der Vermögens-Unzulänglichkeit weise darauf hin, daß der Gläubiger, um eine nachtheilige Rechtshandlung seines Schuldners anfechten zu können, für dessen Vermögens-Unzulänglichkeit nicht im Sinne der Vorschriften der Allg. Gerichts-Ordnung einen vollständigen Beweis führen, und den vom Verklagten angetretenen Gegenbeweis entkräften solle, sondern nur verpflichtet sei, in Gemäßheit des § 3. des Gesetzes Thatsachen darzuthun, aus welchen der Richter entweder in den dort besonders hervorgehobenen Fällen, oder nach dem im Schlußsatze des § 3. zu 3. dem Gläubiger gestatteten anderweitigen Beweise der Vermögens-Unzulänglichkeit auf das Vorhandensein der letzteren schließen könne. Habe der Gläubiger dieselbe in dieser Weise dargethan, so habe er die Befugniß erlangt, die Rechtshandlungen seines Schuldners anzufechten, und es könne ihm diese nicht dadurch wieder vereitelt werden, daß hinterher ein Gegenbeweis zur Widerlegung der einmal festgestellten Vermuthung der Vermögens-Unzulänglichkeit versucht werde. Ein Gegenbeweis könne, wie aus den §§ 3. und 4. erhelle, immer nur auf die zum Nachweise der Vermögens-Unzulänglichkeit vom Gläubiger behaupteten Thatsachen selbst gerichtet werden, und im Falle des § 3. No. 1. nur bei der Exekutions-

Digitized by Google

vollstreckung selbst stattfinden. Und dies gelte auch dem Mitkontrahenten des Schuldners gegenüber.

Der dritte Senat glaubte bei der Beschlußfassung über die in der jetzt vorliegenden Sache zu treffende Entscheidung sich der Anschauung des vierten Senats nicht anschließen zu können. Er hielt vielmehr dafür, daß es dem im Anfechtungsprozesse Verklagten unbenommen bleiben müsse, gegenüber der aus dem § 3. sich ergebenden Präsumtion den Nachweis der Vermögens-Unzulänglichkeit zu führen.

Bei dem hierdurch zwischen den beiden Senaten hervorgetretenen Konflikte ist die streitige Rechtsfrage der kompetenten Entscheidung des Plenums unterbreitet worden. Das letztere hat sich nach vorgängiger Berathung für die neuere Meinung ausgesprochen, und zwar aus folgenden Gründen:

Bei der Beantwortung der Frage:

ob in dem Falle des § 3. No. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 ein Gegenbeweis gegen die Vermögens-Unzulänglichkeit zulässig sei, oder nicht?

sprechen schon die Worte der gesetzlichen Vorschrift für die Bejahung der ersten Alternative. Denn der Satz:

eine Vermögens-Unzulänglichkeit ist anzunehmen,

drückt nur aus, daß dieselbe als juristisch wahr erachtet werden soll, stellt eine Rechtsvermuthung, praesumtio juris, auf, welche einen vom Gläubiger zu führenden Beweis entbehrlich macht, ihn von demselben befreit. Von der anderen Partei ist im § 3. nicht die Rede; nach allgemeinen Regeln steht aber jeder Partei im Prozesse gegen eine jede im Prozesse behauptete streitige Thatsache der Gegenbeweis zu, auch gegen Rechtsvermuthungen, welche nur eine formelle Gewißheit schaffen. Eine praesumtio juris et de jure, welche die Bedeutung einer gesetzlichen Fiktion von Thatsachen hat, ist eine so singuläre Ausnahme und von so weit greifender Wirksamkeit, daß sie im Gesetze deutlich vorgeschrieben sein muß, und das ist

Digitized by Google

hier nicht der Fall. Schon das ältere Gesetz vom 26. April 1835 stellt verschiedene Präsumtionen auf, darunter im § 11. die für die Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners, welche mit geringen, hier nicht in Betracht kommenden Modifikationen in den § 3. des jüngeren Gesetzes übergegangen sind, und der Charakter jener Präsumtionen erhellt aus dem § 2. des älteren Gesetzes, welcher dem Gläubiger die Befugniß einräumt, bei einer Vermögens-Unzulänglichkeit seines Schuldners Verträge desselben mit gewissen Personen (Ehegatten und nahen Verwandten) anzufechten. Es soll ihm hierbei die Vermuthung zur Seite stehen, daß die Kontrahenten den Vertrag in der unredlichen Absicht, die Gläubiger zu bevortheilen, geschlossen hätten. Es ist aber hinzugefügt:

„Findet der Richter bei Erwägung aller Umstände diese Vermuthung durch Gegenbeweis nicht entkräftet, so ist das Geschäft in Beziehung auf den anfechtenden Gläubiger unverbindlich."

Dieser Satz ist zwar in das neuere Gesetz nicht aufgenommen; aber die gleichzeitig erlassene Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 verlangt zur Konkurseröffnung auch den Nachweis der Unzulänglichkeit des Vermögens des Gemeinschuldners im § 322. und setzt im § 323. fest:

„In den nachstehenden Fällen ist die Unzulänglichkeit des Vermögens oder des Nachlasses des Gemeinschuldners anzunehmen,"

wonächst diese Fälle angeführt werden, und dennoch gestattet sie dem Gemeinschuldner, den Beschluß des Gerichts, durch welchen der Konkurs eröffnet worden, im § 330., mittelst eines Antrages auf Wiederaufhebung des Konkurses anzufechten, wobei unter Anderem bestimmt ist:

„Der Antrag &c. muß den Erfordernissen einer Klage entsprechen, und durch den Nachweis der Vermögenszulänglichkeit begründet werden."

Digitized by Google

Es ist nicht denkbar, daß das Anfechtungsgesetz hierin den Schuldner und den betreffenden Dritten, zu dessen Gunsten die angefochtene Rechtshandlung gereicht, außerhalb des Konkurses habe ungünstiger stellen wollen, als den Kridar im Konkurse.

Dem Gläubiger hat das Anfechtungsgesetz hinreichend den Beweis der Vermögens-Unzulänglichkeit dadurch erleichtert, daß es in den drei Fällen des § 3. ihn durch die Aufstellung der Rechtsvermuthung von der Beweislast ganz befreit, und außerdem in dem § 17. die positiven Regeln über den Beweis überhaupt außer Anwendung gesetzt hat. Noch weiter zu gehen durch die Versagung des Gegenbeweises würde ohne alle Nothwendigkeit die Sicherheit des Verkehrs und der Verträge gefährdet haben. Vorübergehende Verlegenheiten des Schuldners würden die Gültigkeit seiner früheren Rechtshandlungen allzusehr in Frage stellen.

Daß dem Gläubiger in dem Falle des § 3. No. 1. durch die fruchtlose Exekutionsvollstreckung ein Recht zu Theil geworden sei, welches ihm nicht hinterher durch Angabe von Vermögensobjekten des Schuldners wieder vereitelt werden könne, ist nicht anzuerkennen. Die dem Gläubiger gegebene Befugniß zur Anfechtung ist nur eine bedingte, und fällt von selbst fort, wenn er befriedigt wird. Sie hat die Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners zur Voraussetzung, welche widerlegt wird durch die Nachweisung eines als ausreichend zu betrachtenden Vermögensgegenstandes. Die Fruchtlosigkeit der Exekutionsvollstreckung in den Fällen des § 3. No. 1. hat zur Folge, daß eine Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners angenommen wird, aber es ist keine Präklusivfrist festgesetzt, innerhalb deren, oder ein Zeitpunkt, an welchem neue Exekutionsobjekte angegeben werden müßten.

Der Gegenbeweis ist also zuzulassen, und nicht blos in den Fällen des § 3. No. 1., sondern überhaupt in den Fällen

Digitized by Google

des ganzen § 3., da eine grundsätzliche Verschiedenheit nicht besteht.

Ueberhaupt ist in Betracht zu ziehen, daß das Gesetz als Ausnahmegesetz einer einschränkenden Auslegung und Anwendung unterliegt, nicht minder, daß, wenn das Verschweigen von Vermögensstücken bei der Auspfändung auch an dem Schuldner gestraft werden dürfte, doch der Dritte, gegen den die Anfechtungsklage hauptsächlich gerichtet ist, unter Voraussetzung seines guten Glaubens sich nicht in gleicher Schuld, oder vielmehr in gar keiner Schuld befindet. Diesem Dritten muß jedenfalls der Gegenbeweis gestattet werden, und damit wird er auch dem Schuldner selbst gegeben.

Es ist ferner nicht außer Acht zu lassen, daß nach § 3. No. 3. die Anfechtungsklage auch dann zulässig ist, wenn innerhalb des letzten Jahres vor dem Tage, an welchem die Klage — oder der Einwand — angebracht worden, eine Exekution gegen den Schuldner fruchtlos gewesen ist, daß aber doch seitdem, innerhalb dieses Jahres, die Vermögensumstände des Schuldners sich gebessert haben können, und es kaum möglich erscheint, daß das Gesetz auch in diesem Falle den Beweis der Zulänglichkeit des Vermögens nicht gestatten wolle. No. 3. steht aber mit No. 1. grundsätzlich auf gleicher Stufe.

Es ist endlich noch zu bedenken, daß das Gesetz vom 9. Mai 1855 Kollusionen unschädlich machen will, die zum Nachtheile des Gläubigers gereichen, daß aber durch die Annahme der älteren Meinung die Möglichkeit einer anderen Art von Kollusionen gegeben wird, indem nämlich der Schuldner bei Vollstreckung der Exekution Vermögensobjekte verschweigt, um dem Gläubiger auf Grund der dann anzunehmenden Vermögens-Unzulänglichkeit die Anfechtungsklage zu verschaffen, und mit dem Gläubiger den Erwerber abzutreiben.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen ist durch Plenarbeschluß vom 20. Juni 1870 der Grundsatz aufgestellt worden:

Gegen die Annahme der Vermögens-Unzulänglichkeit auf Grund des § 3. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 kann in dem Prozesse über die Anfechtung einer Rechtshandlung des Schuldners durch Nachweisung geeigneter Vermögensobjekte desselben ein Gegenbeweis geführt werden.

Hieraus ergiebt sich für den vorliegenden Prozeß die Nothwendigkeit einer Aufnahme des Beweises über die von der Verklagten für ihres Ehemannes Vermögenszulänglichkeit behaupteten Thatsachen, und gleichzeitig des von dem Kläger in erster und zweiter Instanz angetretenen Gegenbeweises, — für den Fall nämlich, daß nicht schon die Ergebnisse des nach früherer Ausführung zu erhebenden Beweises zu einer Abweisung des Klägers führen möchte.

Da die sämmtlichen Thatfragen, über welche noch Beweis zu erheben ist, sowie die Beweise dafür schon in erster Instanz zur Sprache gebracht worden sind, so mußte unter Vernichtung des zweiten und Aufhebung des ersten Erkenntnisses die Sache zur anderweitigen Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen werden.

No. 39. — II. Senat. Sitzung v. 4. Okt. 1870.

Eckert ·/· Knoblauch. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Kosten der Straßenpflasterung in Berlin; das Regulativ vom 31. Dezember 1838 als statutarische Satzung; Verpflichtung der Adjazenten zur Straßenpflasterung als dingliche Last der Grundstücke.

a. Die Bestimmung in No. 4. und No. 7. des

Digitized by Google

Allerhöchst verordneten Regulativs vom 31. Dezember 1838,

nach welcher bei der Anlage neuer Straßen oder Straßenverlängerungen in Berlin die Kosten der Legung des ersten Straßenpflasters entweder von dem Unternehmer der neuen Anlage oder von den angrenzenden Eigenthümern getragen werden müssen,

ist eine statutarische Satzung.*

b. Die den angrenzenden Eigenthümern auferlegte Verpflichtung ist eine auf den Grundstücken haftende dingliche Last.

Kabinetsorder und Regulativ vom 31. Dezember 1838; Allerhöchster Erlaß vom 28. Januar 1860 (Amtsblatt der Königl. Regierung zu Potsdam S. 170.).

Das außerhalb der Ringmauer Berlins am Tempelhofer Ufer No. 1. und 2. belegene Grundstück gehörte früher dem Vereine zur Erziehung sittlich verwahrloster Kinder. Die neu angelegte Teltower Straße verlief auf eine Frontlänge von 340 Fuß an diesem Grundstück. Dem Vereine wurde durch eine Verfügung des Berliner Magistrats vom 18. August 1865 aufgegeben, zur Deckung der Pflasterungskosten einen auf jene Frontlänge vertheilten Betrag von 687 Rthlrn. 15 Sgr. 11 Pf. zu zahlen. Der Verein hat nicht gezahlt.

Inzwischen hat der Verklagte mittelst Vertrages vom 10. August 1867 von dem gedachten Vereine das Grundstück erworben und davon eine an der Ecke der Lankwitz- und der Teltower Straße gelegene Parzelle an den Kläger verkauft. Der Kläger aber ist durch die Verfügung des Magistrats vom 12. August 1868 aufgefordert, nach Maaßgabe der Frontlänge der betreffenden Parzelle den Beitrag

* Wegen der älteren Straßen vergl. Bd. 71. S. 295. dieses Archivs.

Digitized by Google

von 165 Rthlrn. 14 Sgr. 6 Pf. zu den Pflasterungskosten zu zahlen. In dem über die gedachte Parzelle geschlossenen Kaufkontrakte vom 30. September 1867 hat der Verklagte sich verpflichtet, auch dafür die gesetzliche Gewähr zu leisten, daß das verkaufte Grundstück mit keinen sonstigen ungewöhnlichen Lasten und Eigenthumsbeschränkungen beschwert sei. Auch enthält der Kontrakt keine ausdrückliche Verabredung über die Tragung der Pflasterungskosten.

Deshalb und weil die Last schon durch die Verfügung des Magistrats vom 18. August 1865 ausgeschrieben worden, also ein Rückstand sei, welcher in die Zeit vor der Uebergabe des Grundstücks an den Kläger fällt, verlangt der Kläger von seinem Verkäufer und Vorbesitzer, dem Verklagten, Vertretung und Befreiung seines Grundstücks von der Verpflichtung, die 165 Rthlr. 24 Sgr. 6 Pf. Kosten für Regulirung und Pflasterung der Teltower Straße zu tragen.

Der Verklagte hat den Anspruch bestritten und behauptet, daß der genannte Verein, während dessen Besitzzeit durch die Verfügung des Magistrats vom 28. August 1865 der Beitrag zu den Pflasterungskosten ausgeschrieben und eingefordert worden, zunächst der Verpflichtete sei. Wenn aber die Verfügung des Magistrats vom 17. August 1868 an den Kläger eine neue Repartition darstelle, sei der Kläger als zeitiger Besitzer allein verpflichtet.

Der erste Richter verurtheilte den Verklagten. Das Kammergericht wies den Kläger ab.

Auf die vom letzteren eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Erkenntniß bestätigt, soweit es hier interessirt, aus folgenden

Gründen:

Das durch die Allerhöchste Kabinets-Order vom 31. Dezember 1838 festgesetzte Regulativ vom nämlichen Tage, ent-

Digitized by Google

haltend Bestimmungen über die Unterhaltung des Straßenpflasters in Berlin, handelt in den vom Appellations-Richter wörtlich mitgetheilten Bestimmungen unter No. 4. und 7. von der Verpflichtung zur Legung des ersten Straßenpflasters bei Anlegung einer neuen Straße oder bei der Verlängerung einer schon bestehenden Straße, und in Gemäßheit des bei No. 7. ersichtlichen Vorbehalts, ist durch die vom Appellations-Richter ebenfalls mitgetheilte Allerhöchste Kabinets-Order vom 28. Januar 1860 (Amtsblatt S. 170.) die Bestimmung unter No. 4. des Regulativs auf den ganzen Gemeindebezirk von Berlin, also auch außerhalb der Ringmauer, zur Anwendnung gebracht.

Hiernach ist der Stadtgemeinde das Recht gegeben, die Legung des ersten Straßenpflasters in einer neuen Straße oder Straßenverlängerung oder den Ersatz der Kosten zu verlangen, entweder von dem Unternehmer der neuen Anlage, oder von den angrenzenden Eigenthümern.

Daß die in Frage stehende Strecke der Teltower Straße zwischen der Belle-Alliance- und der Lankwitz-Straße ein solches Gebiet sei, welches die vorgedachten Allerhöchsten Verordnungen angehen, steht fest. Und die vorigen Richter haben unbestritten festgestellt, daß die Regulirung und Pflasterung der fraglichen Straßenstrecke erst nach dem Jahre 1860 erfolgt ist.

Der Appellations-Richter hat das Erkenntniß erster Instanz geändert und den Kläger mit seinem Antrage abgewiesen, weil er der Ansicht ist, daß das durch die Allerhöchste Kabinets-Order vom 31. Dezember 1838 bestätigte Regulativ in seinen Bestimmungen No. 4. und No. 7., in Verbindung mit der Allerhöchsten Kabinets-Order vom 28. Januar 1860, zur Begründung einer Berechtigung der Stadtgemeinde Berlin auf Tragung der fraglichen Pflasterungskosten gegen den Unternehmer der neuen Anlage oder den Eigenthümer des anliegenden Grundstücks nicht geeignet, nament-

Digitized by Google

lich keine statutarische Satzung, vielmehr die Klage gegenstandslos sei.

Es muß jedoch die gegen das Appellations-Urtheil vom Kläger erhobene Richtigkeitsbeschwerde gegründet erachtet werden, wenn der Implorant behauptet, daß der Appellations-Richter rechtsgrundsätzlich verstoßen habe: weil er den betreffenden Stellen des Regulativs keine gesetzliche Kraft beigelegt, die Bestimmungen der No. 4. und No. 7. durch unterlassene Anwendung verletzt und auch gegen die Bestimmungen in der Städte-Ordnung vom 19. November 1808 §§ 2. 49—51. 57. 170—173. verstoßen habe. Denn es ist schon in der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 12. Mai 1868 (Entscheidungen Bd. 60. S. 35.) nachgewiesen worden, daß

1. die Bestimmung unter No. 4. und No. 7. des Allerhöchst verordneten Regulativs vom 31. Dezember 1838, nach welcher bei der Anlage neuer Straßen oder Straßenverlängerungen die Kosten der Legung des ersten Straßenpflasters entweder von dem Unternehmer der neuen Anlage, oder von den angrenzenden Eigenthümern getragen werden müssen, eine statutarische Satzung sei, und
2. daß die den angrenzenden Eigenthümern aufgelegte Verpflichtung eine auf den Grundstücken haftende dingliche Last sei.

In den Gründen dieses Präjudikats finden die umfänglichen Ausführungen des Appellations-Richters ihre Widerlegung, und es muß darauf lediglich zurückgegangen werden. Es sind zwar in der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 12. Mai 1868 der Rekursbescheid des Ministeriums für Handel 2c. vom 26. Dezember 1855 und ein in Folge eines Allerhöchsten Erlasses vom 8. September 1861 ergangenes

Digitized by Google

Reskript der Ministerien der Justiz und des Handels nicht zur Sprache gebracht.

Aber abgesehen davon, daß diese Verfügungen von den Parteien weder beigebracht, noch auch nur allegirt sind, so stellen sie doch auch, nach der am Schlusse seiner Entscheidungsgründe vom Appellations-Richter gegebenen Darstellung, einen selbstständigen Entscheidungsgrund nicht vor. Vielmehr führt er dieselben blos zur Unterstützung seines Entscheidungsgrundes an, welchen er aus dem Inhalte, der Auslegung und Würdigung des Regulativs vom 31. Dezember 1838 dahin hergenommen hat: daß die Bestimmungen unter No. 4. und 7. eine statutarische Satzung für die Stadt Berlin nicht enthalten, sondern blos eine Instruktion für die Staatsbehörden über das zu beobachtende Verfahren.

Uebrigens ist der Inhalt der beiden in Spezialfällen ergangenen Ministerial-Verfügungen und auch des in einem speziellen Falle angerufenen Allerhöchsten Erlasses, so weit dieser Inhalt vom Appellations-Richter mitgetheilt ist, gar nicht geeignet, die in dem Präjudikate vom 12. Mai 1868 nachgewiesene Begründung der Ansicht des Ober-Tribunals zu widerlegen, indem, unbeschadet des zwischen dem Unternehmer der neuen Anlage oder dem angrenzenden Eigenthümer und der Stadtgemeinde durch das Regulativ unter No. 4. und 7. geschlossenen Rechtsverhältnisses, vom Standpunkte der Verwaltung, und namentlich der Baupolizei Anordnungen getroffen werden können.

Es ist auch in den Allegaten des Appellations-Richters nirgends davon die Rede, daß etwa die Betheiligten von der Verpflichtung, die Kosten des ersten Straßenpflasters zu tragen, wie solche durch das Regulativ vom 31. Dezember 1838 begründet worden, befreit werden sollen.

Hiernach mußte das Appellations-Urtheil vernichtet werden. In der Sache selbst ist es unbestritten, daß der Vorbesitzer des Verklagten als Adjazent der Straße durch die

Digitized by Google

Verfügung des Magistrats vom 18. August 1865 zur Zahlung des Beitrags von 687 Rthlrn. 15 Sgr. 11 Pf. aufgefordert worden.

Daß die Verpflichtung zur Tragung der Kosten des ersten Pflasters eine auf den anliegenden Grundstücken haftende dingliche Last sei, ist in dem mehrgedachten Präjudikate des Ober-Tribunals nachgewiesen. Ihre Geltendmachung war begründet mit der von Seiten der Stadtgemeinde bewirkten Verwendung der Kosten des ersten Pflasters. Durch eine nachher eingetretene Besitzveränderung konnte vermöge der Natur des dinglichen Rechts in der Beschaffenheit und dem Umfange der Forderungen eine Veränderung nicht eintreten.

Folglich, wenn der Magistrat, wegen des demnächst eintretenden Verkaufs und der Parzellirung des Grundstücks, behufs der Beitreibung seiner Forderung sich veranlaßt sah, dieselbe auf die Parzellenbesitzer zu vertheilen und nach dem Umfange der Parzellen zu bemessen, so beruhte diese Maaßregel doch auf keinem rechtlichen Zwange, indem alle Theile des Grundstücks, das Grundstück in seinem vor der Parzellirung und bei der Straßenanlage bestandenen Umfange, dem dinglichen Rechte der Stadtgemeinde verhaftet waren.

Es ist daher auch die Behauptung des Verklagten unhaltbar, nach welcher erst durch die behufs der Beitreibung, nach der Verfügung des Magistrats vom 17. August 1868 erfolgte neue Repartition der im Rückstande verbliebenen Pflasterungskosten, die für die Parzelle des Klägers geforderten 165 Rthlr. 24 Sgr. 6 Pf. eine neue erst durch die Subrepartition entstandene Last sein sollen. Vielmehr, da vor dem mittelst Kontrakts vom 30. September 1861 erfolgten Verkaufe der Parzelle des Klägers der Verklagte oder sein Vorbesitzer die Pflasterungskosten nicht abgetragen haben, dieselben aber besage der Nachweise im mehrberegten Präjudikate zu den öffentlichen Abgaben und Lasten in Berlin

Digitized by Google

gerechnet werden müssen, so ist der Anspruch des Klägers auf Gewährleistung aus seinem Kaufkontrakte gesetzlich begründet durch § 182. I. 11. des Allg. Landrechts, wo verordnet ist:

Auch für alle Rückstände öffentlicher Abgaben und Lasten, welche in die Zeiten vor der Uebergabe treffen, muß der Verkäufer dem Käufer haften.

Ob der Verklagte sich weiter an seinen Vorbesitzer und Verkäufer regressiren könne, kommt hier nicht in Betracht und ist für den Kläger ohne Interesse, weil ihm der Verklagte aus dem Kontrakte verhaftet ist.

No. 40. — IV. Senat. Sitzung v. 4. Okt. 1870.

Tönnies ·|· Rohrahn. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt- und Kreis-Gericht in Magdeburg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Zögerungszinsen beim verdungenen Werk; Unzulässigkeit der analogen Anwendung des § 109. I. 11. des Allgem. Landrechts.

a. Die allgemeinen Regeln über die rechtlichen Folgen des Verzuges sind auch bei Verträgen über ein verdungenes Werk anzuwenden.

A. L. R. I. 11. §§ 932. 940., 16. §§ 20. 71.

b. Der § 109. I. 11. des Allg. Landrechts, wonach beim Kauf keiner der Kontrahenten wider des Andern Willen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen darf,

leidet als Ausnahmebestimmung keine analoge Anwendung auf andere Rechtsgeschäfte.

A. L. R. I. 11. § 109.

Digitized by Google

Der Cedent des Klägers hatte dem Verklagten ein Haus gebaut, welches Verklagter im Jahre 1862 übernommen und seitdem benutzt hat. Ein fester Preis war nicht verabredet, jedoch stellte Kläger Ende 1862 dem Verklagten die Rechnung zu. Kläger forderte jetzt Verzinsung seiner Forderung seit dem 1. Januar 1863, wurde aber in zweiter Instanz unter Abänderung des ihm günstigen Erkenntnisses erster Instanz mit diesem Anspruche abgewiesen.

Die vom Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist vom Ober-Tribunal zurückgewiesen.

Gründe:

Nach der unangefochtenen thatsächlichen Grundlage des Appellations-Erkenntnisses hat der Verklagte den nicht bedungenen, sondern nachträglich durch sachverständiges Gutachten ermittelten Preis für das ihm vom Cedenten des Klägers aufgeführte Gebäude im Betrage von 3627 Rthlrn. 1 Sgr. durch Abschlagszahlungen in der Art getilgt, daß am 1. März 1865 der Restbetrag noch 877 Rthlr. 1 Sgr. ausmachte, der dann durch fernere Abschlagszahlungen nebst allen Zinsen davon seit dem 1. März 1865 bis zum 4. Dezember 1865 berichtigt ist.

Der Appellations-Richter erachtet demnach die Schuld des Verklagten für vollständig bezahlt; er weist daher auf die Appellation des Verklagten den Kläger mit seiner Zinsenforderung von 179 Rthlrn. 3 Sgr. 8 Pf. und Zinsen davon ab, wobei er, wieder thatsächlich unangefochten, festsetzt, daß der Verklagte das betreffende Gebäude im Jahre 1862 übernahm und von da an benutzte, in Betreff der Bezahlung des Preises aber erst im Februar 1865 eine Zahlungsaufforderung an ihn erging, und nur dieser Mahnung die rechtliche Wirkung beilegt, den Verklagten in Zahlungsverzug zu versetzen, indem er die Gründe für die Klageforderung, welche Verzugszinsen seit dem 1. Januar 1863 in

Folge der Zustellung der Baurechnung und der Uebernahme des Baues vor diesem Zeitpunkte, unter Berücksichtigung der Abschlagszahlungen, zur Geltung bringen will, rechtlich verwirft.

Vom Imploranten ist die Entscheidung wegen Verletzung der §§ 109. 932. 940. I. 16., des § 271. I. 5., des § 67. I. 16., des § 685. II. 8. des Allg. Landrechts, des Art. 288. des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs und des dahin formulirten Grundsatzes angefochten:

„In Ermangelung besonderer Verabredungen hat der Besteller eines verdungenen Werkes von der Zeit der Uebernahme des fertigen Werkes, spätestens aber von der Zeit der nachher erfolgten Zustellung der Rechnung Zögerungszinsen von dem Preise zu zahlen."

Aber dieser Satz ist unrichtig und beruht auf einer unhaltbaren Auslegung der allerdings als verletzt bezeichneten Gesetzstellen. Denn aus der Natur der Verträge über verbungene Werke geht kein Grund hervor, die allgemeinen Regeln über die rechtlichen Folgen des Verzuges —

§§ 20. 71. I. 16. —

darauf nicht anzuwenden, und in den §§ 932. und 940. I. 11. des Allgem. Landrechts liegt nicht die Bestimmung eines Zahlungstages, wie ihn der § 67. I. 16. voraussetzt, indem er verordnet:

„In allen Fällen, wo durch Gesetz oder Willenserklärung ein Zahlungstag bestimmt ist, nimmt der Lauf der Zögerungszinsen von diesem Tage seinen Anfang."

Die §§ 932. und 940. I. 11. setzen voraus, daß bei der Bestellung der Preis verabredet wurde, während die §§ 942. ff. von den Fällen handeln, wo diese Abrede nicht stattgefunden hatte. Der § 932. lautet auch nur:

„Der Werkmeister kann der Regel nach, und wenn nicht ein Anderes verabredet ist, die Zahlung nicht eher fordern,

Digitized by Google

als bis das Werk bedungenermaaßen fertig geliefert und von dem Besteller übernommen worden.“

Diese Vorschrift ist eine Konsequenz von der Verdingung des Werks in Pausch und Bogen, so daß Leistung wie Gegenleistung, jede in Ansehung der Erfüllung als ein Ganzes aufgefaßt werden, auch wenn der Werkmeister die Materialien herzugeben übernommen hatte und sich zur Ausführung des Werkes fremder Gehülfen und Mitarbeiter bediente, —

§§ 925. 926. 929.

Der § 932. enthält daher die Erläuterung, daß nicht schon durch die fertige Herstellung des Werks, sondern erst durch dessen Uebernahme vom Besteller in Ermangelung besonderer Abrede die Fälligkeit der Zahlung des Preises eintrete. Dagegen ist durch besondere Vorschriften der Benachtheiligung des Werkmeisters vorgesehen, wenn „die Uebernahme des fertigen Werkes von dem Besteller ohne rechtlichen Grund verzögert wird.“ Dann „muß“ — wie der § 939. sagt — „Letzterer alle Gefahr tragen“, und — wie der § 940. weiter anordnet:

„Ueberdies der Besteller dem Werkmeister für den bedungenen Lohn Zögerungszinsen vom Ablaufe der bestimmten Zeit an, wo das Werk fertig war, entrichten, und allen sonstigen aus der verzögerten Uebernahme entstandenen Schaden, oder die durch längere Aufbewahrung der Sache verursachten Kosten vergüten.“

Die §§ 932. und 940. fixiren daher keineswegs, wie der Implorant wähnt, den Zahlungstag unbedingt und ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Erfordernisse des Zahlungsverzuges auf die Zeit der Uebernahme des fertigen Werkes durch den Besteller. Der Vorwurf ihrer und des § 67. I. 16. Verletzung trifft daher hier nicht zu, wo nach der angefochtenen Feststellung des Appellations-Richters der Besteller we-

Digitized by Google

der die Uebernahme verzögerte, noch, als sie erfolgte, der Preis für das Werk dem Betrage nach vereinbart war.

Der weitere Vorwurf wegen Nichtanwendung des § 109. I. 11. des Allgem. Landrechts entbehrt ebenfalls jeder Begründung, da hier kein Kaufgeschäft vorliegt, und die Ausnahmebestimmung, wonach

„keiner der Kontrahenten wider des andern Willen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen kann“,

eine analoge Anwendung auf andere Rechtsgeschäfte nicht gestattet.

Aus demselben Grunde war auch der ferner als verletzt bezeichnete § 685. II. 8. des Allgem. Landrechts, wonach es der ausdrücklichen Einmahnung gleichgeachtet werden soll, wenn der Kaufmann dem Abnehmer Rechnung zuschickt, dessen Bestimmung überdies durch Art. 288. des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuchs aufgehoben ist, auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Daß endlich die Rüge wegen Verletzung des § 271. I. 5. a. a. O. verfehlt ist, ergiebt sich nach Vorstehendem von selbst.

Die überall verfehlte Nichtigkeitsbeschwerde war demnach zurückzuweisen.

No. 41. — IV. Senat. Sitzung v. 4. Okt. 1870.

Lengsfeld ·|· Lengsfeld. — Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Hamm.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Wahrung der Rechte des Assignatars gegen den Assignanten.

Der Assignatar hat keine Verpflichtung, behufs Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Assignanten die Klage gegen den Assignaten anzustellen, und eine

Digitized by Google

solche Verpflichtung kann auch nicht für denjenigen entstehen, dem er seine Rechte aus der Assignation überträgt.*

A. L. R. I. **16**. § 283; Allgem. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 301. ff.

Der Handelsmann Steinweg ertheilte dem Kridar die Anweisung vom 12. Februar 1868 auf den Bremke über 2400 Rthlr. Der Kridar übertrug diese Anweisung der Klägerin. Letztere machte ihren Regreß gegen die Konkursmasse geltend, weil die Anweisung weder vom Assignanten, noch vom Assignaten eingelöst ist. Der erste Richter verurtheilte den Massenverwalter zur Anerkennung des Liquidats, wogegen der zweite Richter die Klägerin abwies, weil sie nicht nachgewiesen habe, daß sie als Cessionarin genügende Schritte zur Realisirung der Forderung gethan habe.

Auf die Revision der Klägerin hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil aufgehoben und die Sache in die zweite Instanz zurückgewiesen.

Gründe:

Den beiden Vorderrichtern ist darin beizutreten, daß in der dem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Urkunde vom 26. Mai 1865 eine kaufmännische Anweisung enthalten ist. Die Klägerin hat zwar die Eigenschaft des Ausstellers Steinweg als Kaufmann bestritten; da derselbe sich aber in der von ihr selbst produzirten Verhandlung vom 12. Februar 1868 als „Handelsmann" bezeichnet, bedarf es der Erhebung des vom Verklagten darüber angetretenen Beweises, daß Steinweg Handelsgeschäfte betreibe, nicht. Ohnehin ist dieser Streitpunkt für den vorliegenden Prozeß unerheblich, da es, nachdem die Vorschriften des Allgem. Landrechts über kauf-

* Vergl. Bd. 14. S. 109. und Bd. 40. S. 146. dieses Archivs.

Digitized by Google

männische Assignationen durch das Gesetz vom 15. Februar 1850 aufgehoben sind, auf denselben nur ankäme, wenn das Allgem. Deutsche Handelsgesetzbuch bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen demjenigen, welcher Rechte aus einer Anweisung auf einen Anderen überträgt, und diesem Letzteren Bestimmungen enthielte, welche von denen des Allg. Landrechts abwichen. Dies ist — wovon auch der Appellations-Richter ausgeht — nicht der Fall; die Art. 301. ff. regeln nur das Verhältniß der Indossatare zu dem Verpflichteten, und auch die betreffenden Nürnberger Protokolle ergeben nicht, daß von den landrechtlichen Rechtsgrundsätzen über Assignationen abweichende Normen haben eingeführt werden sollen (vergl. Protokoll vom 8. Mai 1857 S. 556. ff. 1326. 4563. ff.). Von den Prinzipien des Allg. Landrechts ausgegangen, kann aber der Ansicht des Appellations-Richters, daß die Klägerin, bevor sie wegen unterbliebener Zahlung der den Gegenstand der Anweisung bildenden 2400 Rthlr. Seitens des Assignaten Steinweg auf ihren Indossanten, Adolph Lengsfeld, resp. dessen Konkursmasse zurückgehen dürfe, gegen den Assignaten Klage anstellen müsse, nicht beigetreten werden. Die von ihm in Bezug genommenen §§ 420. und 440. ff. I. 11. sprechen nur von der materiellen Regreßverpflichtung des Cedenten, lassen aber die Frage, ob der Eintritt derselben von der vorgängigen Ausklagung des debitor cessus abhängig sei, unberührt; auf diese bezieht sich der § 426. a. a. O. Aber auch dieser Paragraph muß außer Anwendung bleiben, da das Rechtsverhältniß, in welches der Assignatar zum Assignanten resp. zum Assignaten tritt, in seiner Wesenheit von demjenigen verschieden ist, welches zwischen dem Cessionar und dem Cedenten, resp. dem debitor cessus, obwaltet. Durch die Cession geht die cedirte Forderung selbst auf den Cessionar über; der Nexus zwischen dem Cedenten und dem debitor cessus wird aufgehoben, der Cessionar hat daher, bevor er

Digitized by Google

an dem Cedenten Regreß nehmen kann, nachzuweisen, daß die cedirte Forderung eine nicht zu Recht bestehende, oder von dem cessus nicht beizutreibende gewesen sei. Bei der Assignation bleibt dagegen das Eigenthum der Forderung bei dem Assignanten; der Assignatar handelt, wenn er sich wegen der Zahlung an den Assignaten wendet, möge dieser die Anweisung bereits acceptirt haben, oder nicht, lediglich als procurator in rem suam — wie es Bornemann (S. 362. Bd. 3., Systematische Darstellung, 2. Auflage) zutreffend ausdrückt. Zahlt der Assignat auf die Aufforderung des Assignatars nicht, und will Letzterer nicht gegen ihn klagen, so erlischt die Anweisung. Dies wird von Bornemann a. a. O. und übereinstimmend mit ihm von Förster (S. 587. Bd. 1., Theorie und Praxis rc.) und von Koch (S. 531., Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte) anerkannt. Als Ausfluß dieser wesentlichen Verschiedenheit zwischen beiden Rechtsgeschäften enthält der § 283. I. 16. des Allgem. Landrechts die Bestimmung, daß, wenn auf die selbst angenommene Anweisung vom Assignaten Zahlung nicht geleistet wird, der Assignatar berechtigt ist, ohne zur Erlangung der Zahlung Schritte gegen den Assignaten zu thun, sogleich auf den Assignanten zurückzugehen.

Dies verkennt der Appellations-Richter auch nicht; er hält aber jenen § 283. nicht für anwendbar, vielmehr die Grundsätze über Cessionen für maaßgebend, weil der Gemeinschuldner nicht der Aussteller der Anweisung sei. Dieser Grund für die Ausschließung der nach vorstehender Ausführung in dem Wesen der Assignation begründeten Prinzipien und für die vom Appellations-Richter daraus hergeleitete Verpflichtung der Klägerin, zunächst den Assignaten Steinweg zu verklagen, kann jedoch als richtig nicht anerkannt werden. Ueberträgt der Assignatar die ihm aus der Assignations-Urkunde erwachsenen Rechte an einen Dritten, so gehen dieselben auf diesen unverändert über; hatte da-

Digitized by Google

her der erste Assignatar keine Verpflichtung, behufs Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Assignanten gegen den Assignaten Klage anzustellen, so kann auch eine solche Verpflichtung nicht für denjenigen entstehen, dem er seine Rechte aus der Assignation überträgt. Für eine solche Veränderung in dem Rechtsverhältniß fehlt es nicht nur an einer gesetzlichen Vorschrift, sondern auch an jedem Rechtsgrunde — wie ein solcher auch in dem Appellations-Urtheil nicht angeführt worden ist. Das Ober-Tribunal hat auch bereits in dem — vom Appellations-Richter unerwähnt gelassenen — Präjudiz No. 1901. (Entscheidungen Bd. 15. S. 155.) den Grundsatz ausgesprochen: daß, wenn eine acceptirte Anweisung weiter übertragen werde, der neue Erwerber rücksichtlich der Einziehung dieselben Rechte habe, welche dem ursprünglichen Assignatar zustanden, er daher nicht verpflichtet sei, die angewiesene Summe im Wege des Prozesses von dem Assignaten einzuziehen, er vielmehr befugt sei, wenn dieser nicht zahle, sofort seinen Autor aus dem zwischen ihm und demselben obwaltenden Schuldverhältniß in Anspruch zu nehmen, und es ist in den Gründen des betreffenden Erkenntnisses ausgeführt, wie die Natur der Assignation es mit sich bringe, daß jede weitere Begebung wieder eine Anweisung sei, und der neue Erwerber zu seinem Autor in dasselbe Verhältniß trete, wie der erste Assignatar zum Assignanten. Uebereinstimmend hiermit wird in dem Bd. 18. S. 59. der Entscheidungen abgedruckten Erkenntnisse vom 5. September 1849 aus den Vorschriften des 16. Titels Thl. I. des Allg. Landrechts hergeleitet, daß der durch Cession Seitens des ursprünglichen Assignatars in den Besitz der Assignations-Urkunde gelangte Inhaber verpflichtet sei, den Assignaten aus der Annahme zuvor in Anspruch zu nehmen, bevor er auf die Vormänner zurückgehen dürfe.

Der Grund, aus welchem der Appellations-Richter auf

Digitized by Google

Abweisung der Klage erkannt hat, kann hiernach als richtig nicht anerkannt, der Einwand des Verklagten, daß die Klägerin zunächst den Steinweg habe verklagen sollen, muß vielmehr verworfen werden.

Bei der Prüfung, welche Ansprüche der Klägerin in Folge der Nichtzahlung der angewiesenen Summe der 2400 Rthlr. Seitens des Assignaten Steinweg gegen ihren Cedenten resp. dessen verklagte Konkursmasse, zustehen, ist — wie bereits in dem erwähnten Präjudiz No. 1901. ausgesprochen — auf das zwischen Beiden obwaltende Schuldverhältniß zurückzugehen, wobei, dem Grundsatze des § 425. I. 11. des Allg. Landrechts entsprechend, davon auszugehen ist, daß die Klägerin in Folge des Ausbleibens der Zahlung des Assignaten aus der Konkursmasse ein Mehreres nicht beanspruchen kann, als was sie dem Kridar an Entgelt für die abgetretene Anweisung gegeben hat. Die Klägerin hat in dieser Beziehung behauptet, der Kridar habe als Valuta für die Anweisung über 2400 Rthlr. von ihr elf kleine Tratten zum Gesammtbetrage von gleichfalls 2400 Rthlrn. erhalten, und er habe diese elf Wechsel dadurch verwerthet, daß er sie an Aronstein, Sternau & Komp. girirt habe, von denen sie ihm in's Kredit geschrieben worden seien. Diese Behauptungen reichen an sich zur Substanziirung der Klage aus, sind auch unter Beweis gestellt. Allein der Verklagte hat in der Appellations-Rechtfertigungsschrift eventuell Beweis darüber angetreten, daß die dem Kridar von der Klägerin als Valuta gegebenen elf Wechsel bei Verfall von den Bezogenen nicht bezahlt, sondern mit Protest zurückgekommen seien, und daß in Folge dessen die Giratarin des Kridars, die Handlung Aronstein, Sternau & Komp., dem Kridar die Beträge der Wechsel wieder in's debet geschrieben habe. Bestätigt sich diese Behauptung, hat also die Klägerin dem Kridar für die ihr übereignete Anweisung über 2400 Rthlr., aus deren Nichthonorirung sie ihre hier eingeklagte Forde-

Digitized by Google

rung herleitet, werthlose Wechsel gegeben, und vermag sie nicht ihrerseits nachzuweisen, daß der Kridar oder dessen Indossatarin Aronstein, Sternau & Komp. die Nichteinziehbarkeit der elf Wechsel verschuldet haben, so ist sie nicht berechtigt, von der Konkursmasse ihres Cedenten die Summe einzuklagen, welche in der Ueberweisungs-Urkunde verschrieben ist. Es muß daher über die vorerwähnten Behauptungen der angetretene Beweis in zweiter Instanz erhoben werden.

No. 42. — IV. Senat. Sitzung v. 6. Okt. 1870.

Otto ·/· Mutzenbach. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Dortmund.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Rügefrist im Art. 347. des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuchs.

Wenn im Falle des Art. 347. des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs nach Beschaffenheit der Umstände der Käufer die Waare nicht anders untersuchen kann, als indem er sie auch in Gewahrsam nimmt, so darf er die Annahme in Gewahrsam nicht verzögern.*

Allgem. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 347. 348.

Der Verklagte hatte beim Kläger eine größere Quantität Stangen von bestimmter Beschaffenheit bestellt, welche ihm per Eisenbahn nach Dortmund übersandt wurden. Da der Verklagte auf dem Bahnhofe bereits gesehen hatte, daß die Stangen nicht kontraktmäßig waren, so verweigerte er, als ihm demnächst von der Eisenbahn die Waare offerirt wurde, deren Abnahme und bemerkte dieses auf dem Frachtbriefe.

* Vergl. Bd. 63. S. 126. und Bd. 71. S. 36. dieses Archivs.

Digitized by Google

Demnächst wegen des Kaufpreises verklagt, wendete er die Mangelhaftigkeit der Waare ein und behauptete, daß er zur Annahme nicht verpflichtet gewesen sei. Er wurde jedoch verurtheilt, weil er dem Kläger nicht sofort nach der Ablieferung der Waare deren Mangelhaftigkeit angezeigt habe. Obgleich er in zweiter Instanz betonte, daß eine Ablieferung der Waare an ihn gar nicht stattgefunden habe, bestätigte der zweite Richter das erste Erkenntniß.

Die vom Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal zurückgewiesen, soweit es hier interessirt, aus folgenden

Gründen:

Der Appellations-Richter hat mit Recht angenommen, daß der Verklagte verpflichtet war, die Waare ohne Verzug nach der Ablieferung, d. h. nach deren Ankunft in Dortmund, dem Erfüllungsorte, und nach Zustellung des Frachtbriefes zu untersuchen, und daß unter dieser Ablieferung im Sinne des Art. 347. des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuches nicht — wie Implorant meint — der Uebergang der Waare in die Gewahrsam des Verklagten, als Käufers, die wirkliche Empfangnahme durch denselben verstanden werden kann.

Der Verkäufer hatte seiner Verbindlichkeit durch die Uebersendung der Waare nach Dortmund, dem Erfüllungsorte, genügt. Damit war die Lieferung (Ablieferung) bewirkt.

Zur Empfangnahme der Waare war der Verklagte als Käufer allerdings nur verpflichtet, sofern sie vertragsmäßig beschaffen war, oder den gesetzlichen Erfordernissen entsprach, — Art. 346.

Um aber zu wissen, ob die Waare so beschaffen ist, muß eben nach Art. 347. der Käufer dieselbe, d. h. bei der Ablieferung an dem Erfüllungsort, untersuchen. Es ist ihm aber nicht gestattet, diese Untersuchung hinauszuschieben, bis

Digitized by Google

er die Waare auch in seine Gewahrsam genommen, und diese Hinnahme in die Gewahrsam ebenfalls zu verzögern. Kann er nach Beschaffenheit der Umstände, die Waare nicht anders untersuchen, als wenn er sie auch in Gewahrsam nimmt, so darf er eben die Annahme in Gewahrsam nicht verzögern. Er ist sogar verpflichtet, wenn er die Waare beanstandet, für die einstweilige Aufbewahrung zu sorgen, — Art. 348. Wollte man aber gestatten, daß der Käufer die im Art. 347. vorgeschriebene Untersuchung so lange aussetze, bis ihm beliebt, die Waare auch in Gewahrsam zu nehmen, so würde der Zweck des Gesetzes, dem Verkäufer baldmöglich die Gewißheit darüber zu verschaffen, ob die Waare beanstandet wird, oder als genehmigt anzusehen ist, vereitelt und der Verkäufer der Willkür des Käufers ausgesetzt sein.

No. 43. — III. Senat. Sitzung v. 10. Okt. 1870.

Crzecick ·/· Saft. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Groß-Strehlitz.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Ratibor.

Irrthum bei Vergleichen.

a. Ein Vergleich kann nicht wegen Irrthums in solchen Punkten angefochten werden, welche den eigentlichen Gegenstand des Vergleiches als eines solchen bilden, deren Ungewißheit eben der Anlaß und Grund des Vergleiches war.* Der § 418. I. 16. des Allg.

* Vergl. Bd. 2. S. 1. dieses Archivs, auch Bd. 25. S. 276.

Digitized by Google

Landrechts schließt aber nicht die Berufung auf einen Irrthum aus, der sich auf irgend ein Faktum bezieht, von dem als einem unzweifelhaften die Transigenten ausgegangen sind, mag dasselbe auch mit dem Gegenstande des Zweifels, mit der eigentlichen Vergleichsursache, in näherem oder entfernterem Zusammenhange stehen.

b. Der einmal wegen eines wesentlichen Irrthums ungültige Vergleich kann nicht von dem Irrenden blos zum Theile widerrufen, zum andern Theile aber aufrecht erhalten werden.

A. L. R. I. **4.** §§ 75. 78., **5.** § 1., **16.** § 418.

Die Kläger hatten dem Verklagten in dem Kaufvertrage, durch welchen sie demselben ihre Besitzung verkauften, für ein bestimmt angegebenes Flächenmaaß Gewähr geleistet. Später behauptete der Verklagte, daß 8 Morgen 163 Quadratruthen an dem garantirten Flächenmaaße fehlten. In dem Vergleiche vom 10. August 1866 erkannten Kläger dieses an, und es wurde die Entschädigung des Verklagten in runder Summe auf 479 Rthlr. festgesetzt, welche von dem Kaufpreise abgerechnet wurden. Neuerdings traten Kläger mit der Behauptung auf, daß nicht 8 Morgen 163 Quadratruthen, sondern nur 5 Morgen 10 Quadratruthen gefehlt hätten. Nach diesem Verhältnisse repartirten sie die 479 Rthlr. und forderten 187 Rthlr. zurück. Obwohl Verklagter behauptete, daß auch beim Fehlen von 5 Morgen 10 Quadratruthen sein Schaden mindestens 479 Rthlr. betrage, wurde er doch von den Vorderrichtern verurtheilt.

Auf die vom Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil v e r n i c h t e t. Die Sache selbst ist in die zweite Instanz zurückgewiesen.

Digitized by Google

Gründe:

Die über den Irrthum bei Vergleichen sich verhaltenden §§ 417. 418. I. 16. des Allgem. Landrechts lauten:

„Irrthümer in der Person oder in dem Gegenstande des Vergleichs entkräften denselben, sowie jede andere Willenserklärung."

„Dagegen kann ein Vergleich unter dem Vorwande eines vorgefallenen Irrthums über die Beschaffenheit des streitigen Rechts selbst in der Regel nicht angefochten werden."

Der Appellations-Richter hat den Sinn dieser Bestimmungen dahin aufgefaßt,

daß unter dem Irrthume in der Beschaffenheit des streitigen Rechts nur die den Vergleich selbst veranlassende und bedingende Ungewißheit zu verstehen sei, daß aber, insoweit die Transigenten thatsächliche Verhältnisse als unstreitige vorausgesetzt hätten, der Irrthum in dieser Voraussetzung gerade so wirken müsse, wie bei anderen Verträgen.

Daraus folge für den streitigen Fall, daß, falls Parteien von einem bestimmten Flächenmaaße als einem feststehenden ausgehend, über die Höhe der für das Manko zu gewährenden Entschädigung sich verglichen hätten, — ein Irrthum in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung zu statuiren sei, welcher, soweit das als feststehend vorausgesetzte Manko nicht existire, die Willenserklärung ungültig mache.

Hieran schließt sich die thatsächliche Feststellung, daß das wirkliche Manko nur 5 Morgen 10 Quadratruthen betrage, ferner die durch Interpretation des Vergleichs vom 10. August 1866 gewonnene Feststellung, daß die Parteien beim Abschlusse des letzteren ein Manko von 8 Morgen 163 Quadratruthen als unzweifelhaft vorhanden angenommen hätten, mit dem Hinzufügen, daß die von dem Verklagten unter

Digitized by Google

Zeugenbeweis gestellten thatsächlichen Anführungen zur Widerlegung des Wortinhalts des Vergleichs ungeeignet seien.

Mit dem Vorwurfe, daß der Appellations-Richter hierdurch die §§ 417. 418. a. a. O. und die §§ 75. 78. I. 4. des Allgem. Landrechts verletzt habe, sucht Implorant auszuführen, daß das Ungewisse, worüber der Vergleich geschlossen worden, überhaupt der Umfang der Gewährleistungspflicht der Kläger gewesen, und daß nicht jeder Irrthum in Verhältnissen, die als unzweifelhaft vorausgesetzt worden, ein wesentlicher sei. Dieser Angriff ist nicht begründet. Der Appellations-Richter hat die §§ 417. 418. a. a. O. in einer als richtig anzuerkennenden, dem Wesen des Vergleichs entsprechenden Auffassung interpretirt. Der Vergleich zählt im Allgemeinen zu den Verträgen, und die ihn zum Abschlusse bringenden Partei-Erklärungen sind Willens-Erklärungen in gewöhnlicher rechtlicher Bedeutung. Dieselben unterliegen also — auch bezüglich eines Irrthums — den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen. Das besagt der § 417. a. a. O., der in einem Allegate auf die §§ 75. ff. I. 4. des Allgem. Landrechts hinweist. Da jedoch die Veranlassung zu einem Vergleiche immer irgend ein Verhältniß ist, über welches die Transigenten sich in Ungewißheit befinden, auf dessen zuverlässige Aufklärung dieselben verzichten, und nur durch freie Willensbestimmung ein für gewiß Angenommenes dem Ungewissen substituiren, da also die Ursache eines jeden Vergleichs gewissermaaßen schon an sich in einem Irrthume wenigstens einer der kontrahirenden Personen beruht — so folgt daraus von selbst, daß ein Vergleich nicht wegen eines Irrthums in solchen Punkten angefochten werden kann, welche den eigentlichen Gegenstand des Vergleichs als eines solchen bilden, deren Ungewißheit eben der Anlaß und der Grund des Vergleichs war. Die aus dieser Erwägung herzuleitende Ausnahme von der allgemeinen Regel hat durch den § 418.

Digitized by Google

a. a. O. zum Ausdruck gebracht werden sollen. Als Ausnahme fordert sie strikte Interpretation. Der § 418. kann daher nicht die Berufung auf einen Irrthum ausschließen, der sich auf irgend ein Faktum bezieht, von dem als einem unzweifelhaften die Transigenten ausgegangen sind, mag dasselbe auch mit dem Gegenstande des Zweifels, mit der eigentlichen Vergleichsursache, in näherem oder entfernterem Zusammenhange stehen, —

vergl. Entscheidungen Bd. 36. S. 88.

Wenn also im streitigen Falle die Größe des Flächenmaaßes als unzweifelhaft vorausgesetzt war, so war nicht das Manko selbst in seinem Umfange, vielmehr nur die Höhe, der Betrag der von dem Gewährspflichtigen zu leistenden Geldentschädigung das Ungewisse, das eigentliche Vergleichsobjekt, welches ohne eine durch Sachverständige zuvor zu bewirkende Ermittelung (§§ 170. 171. I. 11. des Allg. Landrechts) lediglich durch die übereinstimmende Willensbestimmung der Parteien festgestellt wurde.

Daß demnächst der Irrthum in der Größe des fehlenden Flächenmaaßes (5 Morgen 10 Quadratruthen, statt 8 Morgen 163 Quadratruthen) an und für sich einen Irrthum in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung, also einen wesentlichen Irrthum betrifft (§ 75. I. 4. des Allg. Landrechts), bedarf keiner weiteren Ausführung.

Das Verlangen des Imploranten aber auf Beweisaufnahme über diejenigen Behauptungen, aus welchen hervorgehen soll, daß die Parteien die Größe des Flächenmaaßes nicht als eine unzweifelhafte vorausgesetzt hätten, scheitert an der entgegengesetzten, prozessualisch nicht angefochtenen Feststellung des Appellations-Richters, welcher eben jene Thatsachen gegenüber dem Wortinhalte des Vergleichs für unerheblich erachtet.

Was nunmehr die Verurtheilung zur Zahlung des spe-

Digitized by Google

ziell eingeklagten Betrags betrifft, so sagt der Appellations-Richter, nachdem er die Klage als eine begründete condictio indebiti charakterisirt hat:

„Daß nun aber von der in der mehrerwähnten Notariats-Urkunde für das vermeintliche Manko von 8 Morgen 163 Quadratruthen festgesetzten Entschädigung von 479 Rthlrn. auf die nicht mankirenden 3 Morgen 153 Quadratruthen rechnungsmäßig 187 Rthlr. zu repartiren sind, hat keine Bemängelung Seitens des Verklagten erlitten. Es waren daher die Kläger zur Rückforderung dieser Summe für berechtigt zu erachten. Wenn Verklagter den Anspruch noch um deswillen für hinfällig bezeichnet, weil der Betrag von 479 Rthlrn. sich auch bei einem Manko von nur 5 Morgen 10 Quadratruthen als eine dem Werthe einer solchen Fläche angemessene Entschädigung darstelle, so übersieht er, daß der Vergleich insoweit, als er ihm, dem Verklagten, für die wirklich mankirende Fläche Entschädigung gewährt, d. h. wegen des rechnungsmäßig auf sie fallenden Theils des Vergleichsquanti, bei Kräften bleiben muß."

Durch diese Ausführung soll der Appellations-Richter nach Ansicht des Imploranten die §§ 75. 78. I. 4., den § 1. I. 5. und die §§ 183. 405. 417. 418. I. 16. des Allgem. Landrechts aus dem Gesichtspunkte verletzt haben, daß der einmal wegen eines wesentlichen Irrthums ungültige Vergleich von dem Irrenden nicht blos zum Theile widerrufen, zum anderen Theile aber aufrecht erhalten werden könne. Dieser Vorwurf ist begründet. Ein Vertrag, sofern durch denselben nicht mehrere selbstständige, in sich von einander unabhängige Rechtsansprüche zum Abschluß gebracht worden sind, kann regelmäßig nur als ein untheilbares Ganzes aufgefaßt, es muß vermuthet werden, daß die Kontrahenten bei der Vereinbarung der wechselseitig zugesagten Rechte und übernommenen Ver-

Digitized by Google

bindlichkeiten von der Voraussetzung ausgegangen sind, daß das Vereinbarte in seiner Gesammtheit, in seinem Zusammenhange aufrecht erhalten werde. Es muß angenommen werden, daß nur in dieser Richtung ein übereinstimmender Wille, eine wirklich wechselseitige Einwilligung bestanden hat. Es kann nicht vermuthet werden, daß nach einseitiger Herausziehung eines Theils des Stipulirten aus dem Ganzen, bezüglich des Verbleibenden dieser übereinstimmende, den Vertrag charakterisirende Wille noch fortbestehe. Hat also in dem Vergleiche vom 10. August 1866 der Verklagte mit einer für fehlende 8 Morgen 163 Quadratruthen im Betrage von 479 Rthlrn. zu gewährenden Entschädigung sich einverstanden erklärt, so folgt daraus noch nicht sein darin mittelbar enthaltenes Einverständniß mit einem für das Manko von nur 5 Morgen 10 Quadratruthen zu gewährenden Theilbetrage der vereinbarten Gesammtentschädigung, welcher einfach nach dem Verhältnisse von 8 Morgen 163 Quadratruthen zu 5 Morgen 10 Quadratruthen berechnet wird, wobei beiläufig bemerkt werden mag, daß das mit der Klage abschriftlich überreichte Vermessungsattest in den bei jedem einzelnen Grundstücke angegebenen Reinerträgen die verschiedensten Bodenqualitäten der verkauften Aecker und Wiesen erkennen läßt.

Wenn mithin der Appellations-Richter den von ihm festgestellten wesentlichen Irrthum der Kläger nur auf einen Theil des Vergleichs auflösend einwirken läßt, und den letzteren im Uebrigen aufrecht erhalten will, so verletzt er die oben allegirten Gesetzesbestimmungen durch unpassende Anwendung, in letzterer Beziehung insbesondere den § 1. I. 5. des Allg. Landrechts durch Verkennung der rechtlichen Natur der Verträge, und seine Entscheidung unterliegt der Vernichtung.

Bei freier Beurtheilung muß zunächst die durch Interpretation des Vergleichs vom 10. August 1866 von dem

Digitized by Google

Appellations-Richter gefundene Feststellung als eine richtige anerkannt werden. Die von den Transigenten abgegebenen Erklärungen der Kläger dahin:

„Wir haben uns inzwischen überzeugt, daß die verkauften Stellen an Aeckern und Wiesenland nur 52 Morgen enthalten und noch 8 Morgen 163 Quadratruthen fehlen",

und des Verklagten dahin:

„Ich acceptire hierdurch die vorstehenden Erklärungen der Saft'schen Eheleute durchgehends als richtig",

können ihrem einfachen Wortsinne nach nur so verstanden werden, daß die Erklärenden die Größe des Manko's als unzweifelhaft, als unstreitig vorausgesetzt haben. An dieser Annahme würde sich — worin gleichfalls dem Appellations-Richter zuzustimmen — nichts ändern, wenn die dahin gehende Behauptung des Verklagten,

daß er bei den Vergleichsverhandlungen nicht ein bestimmtes Flächenmaaß von 52 Morgen der ihm von dem Kläger verkauften beiden Reststellen behauptet, vielmehr dahingestellt gelassen, welches die richtige Morgenzahl sei, und für das Manko eine Entschädigung von 600 Rthlrn. beansprucht habe, Kläger aber gebeten hätten, daß die rezeßmäßige Angabe von 52 Morgen festgehalten werden möge, und die Entschädigung nach einem Werthdurchschnitte auf 479 Rthlr. festgesetzt werde,

durch Vernehmung des darüber vorgeschlagenen Zeugen bestätigt werden möchte. Denn wenn auch Vorverhandlungen in diesem Sinne stattgefunden haben sollten, so wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Kontrahenten dennoch die in der Vergleichsurkunde selbst mit bestimmten unzweideutigen Worten ausgesprochene Ueberzeugung von der Richtigkeit des darin angegebenen Manko's gewonnen hatten.

Nicht minder muß dem Appellations-Richter Recht gegeben werden, wenn er das von den Klägern jetzt behauptete Flächenmaaß durch das Attest des Vermessungsrevisors Rinow

für bewiesen erachtet. Denn obgleich der Verklagte dieses Flächenmaaß bestritten hat, so sind doch gegen das, wenn auch nur in Abschrift überreichte Attest als solches keine Erinnerungen vorgebracht, es ist in seiner thatsächlichen Existenz nicht bestritten worden. Als ein, in amtlicher Eigenschaft ausgestelltes, ist es aber für sich beweisend, umsomehr, als Gegenbeweis nicht angetreten worden ist.

Der Appellations-Richter hat endlich in rechtlicher Beziehung richtig ausgeführt, daß an und für sich, sobald der Betrag der zu leistenden Entschädigung ermittelt ist, die Voraussetzungen der Gesetze für die condictio indebiti vorhanden sind. Es kommt also nur noch auf diese Betragsermittelung an. Daß hierfür nicht einfach das Verhältniß der am 10. August 1866 für 8 Morgen 163 Quadratruthen mit 479 Rthlrn. stipulirten Entschädigung zu dem von dieser Summe für das irrthümliche Manko von 3 Morgen 153 Quadratruthen zu berechnenden Theilbetrage maaßgebend ist, ergiebt die frühere Ausführung. Es ist diese Art der Begründung wegen Unzulässigkeit der Theilung des Vertrages hinfällig. Aber die Kläger haben in zweiter Instanz behauptet, daß die dem Verklagten nach Abzug der zurückgeforderten 187 Rthlr. verbleibende Entschädigung eine vollkommen angemessene Schadloshaltung für das zu wenig gewährte Flächenmaaß bilde, und zwar nicht nur im Verhältnisse zu dem für die ganze Besitzung mit 4500 Rthlrn. vereinbarten Kaufpreise, sondern auch nach dem wirklichen Werthe des Grundes und Bodens. Darüber, mit anderen Worten, wie viel die verkauften Reststellen wegen des bestehenden Mindermaaßes im Verhältnisse zu dem vereinbarten Gesammtpreise mit Rücksicht auf die Bodenqualität weniger werth sind, muß der von den Klägern angetretene Sachverständigenbeweis aufgenommen, und demnächst anderweitig in der Sache selbst erkannt werden. Zu dem Ende mußte die Sache in die zweite Instanz zurückgewiesen werden.

Digitized by Google

No. 44. — IV. Senat. Sitzung v. 11. Okt. 1870.

Puhlmann ./. Giese. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Brandenburg.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Berechnung des Streitwerths bei uneigentlichen Rekonventionen.

Die Bestimmung des § 7. des Tarifs zum Kostengesetze vom 10. Mai 1851:

nach welchem die Gerichtskosten bei uneigentlichen Rekonventionen nur nach dem höchsten Objekte anzusetzen sind,

setzt voraus, daß die Konvention und die Rekonvention Forderungen verfolgen, die sich ganz oder theilweise paralisiren, so daß die Wirkung der Sentenz für die unterliegende Partei nicht die ihr aberkannte und die dem Gegner zuerkannte Forderung als neben einander bestehende Objekte trifft.*

Tarif zum Kostengesetze vom 10. Mai 1851 § 10. (Gesetz-Sammlung S. 635).

Kläger hatte vom Verklagten eine Kuh gekauft, die krank gewesen sein sollte. Er hatte auf das Kaufgeld 40 Rthlr. gezahlt. Diese verlangte er zurück. Der Verklagte erhob Widerklage auf Zahlung des Kaufgelderrestes von 15 Rthlrn.

In der ersten Instanz wurde Kläger abgewiesen und in der Widerklage zur Zahlung der 15 Rthlr. verurtheilt. Das Kammergericht erkannte im entgegengesetzten Sinne.

In der Nichtigkeitsbeschwerde rügte der Verklagte und Widerkläger, daß überhaupt die Appellation nicht zulässig gewesen sei.

Das Ober-Tribunal hat die Beschwerde zurückgewiesen.

* Vergl. Bd. 78. S. 259. dieses Archivs.

Digitized by Google

Gründe:

Die Bestimmung im § 7. des Tarifs (Gesetz-Sammlung 1851, S. 635.), nach welcher die Gerichtskosten „bei uneigentlichen Rekonventionen nur nach dem höchsten Objekte“ anzusetzen sind, setzt voraus, daß die Konvention und die Rekonvention Forderungen verfolgen, die sich ganz oder theilweise paralisiren, so daß die **Wirkung** der Sentenz für die unterliegende Partei nicht die ihr aberkannte und die dem Gegner zuerkannte Forderung als nebeneinander bestehende Objekte trifft. Aber im vorliegenden Falle, wo der Kläger mit seinem Anspruche auf Zurückgabe der Kaufpreisabschlagszahlung von 40 Rthlrn. abgewiesen und auf die Widerklage zur Zahlung des Kaufpreisrestes von 15 Rthlrn. verurtheilt ist, sind in Gemäßheit des § 32. der Verordnung vom 21. Juli 1846 (Gesetz-Sammlung S. 300.) für die Beurtheilung der Zulässigkeit des vom Kläger wider den ganzen Inhalt des ersten Erkenntnisses eingelegten Rechtsmittels die Forderungen der Convention und Reconvention zusammen zu rechnen, (vergl. Erkenntniß vom 19. Mai 1870, Hardt wider Rosenberg) die ein appellables Objekt ergeben.

Den Appellations-Richter trifft mithin der Vorwurf des Imploranten nicht, daß er durch Zulassung der Appellation wider die wesentliche Prozeßvorschrift des Artikels 3. No. 2. der Deklaration vom 6. April 1839 verstoßen habe.

Auch seine materielle Entscheidung ist grundlos angefochten.

Der Appellations-Richter gelangt zwar durch die Würdigung des Sachverständigen-Beweises nur zu der Feststellung, daß die fragliche Kuh vor der Uebergabe an den Käufer krank war; über den tödtlichen oder entwerthenden Charakter der Krankheit sagt er nichts, wohl aber stellt er ferner fest, daß der Kläger schon vor der Klageanstellung den Verklag-

Digitized by Google

ten zur Rückgabe des Kaufgeldes gegen Empfangnahme der Kuh aufgefordert hatte, daß er damals auch im Stande war, das Thier in dem Zustande, wie er es empfangen, zurückzugeben; und daß es erst nach der Klageanstellung, in Folge der Vereinbarung der Parteien, auf Gefahr des unterliegenden Theils getödtet wurde. Und bloß wider die Annahme der Tödtung der Kuh auf Gefahr des unterliegenden Theils ist der Angriff gerichtet. Der Appellations-Richter sagt nämlich, dies Faktum sei „durch die dahin lautenden Aussagen der eidlich vernommenen Zeugen, Schmiedegesell Heiler und Schulze Gantzer, bekundet.“ Der Richter entnimmt demnach seine Feststellung nicht aus dem wörtlichen Inhalte der Zeugenaussagen, sondern zieht daraus durch Schlußfolgerung das Beweisresultat; er fehlt daher nicht — wie der Implorant ihn beschuldigt — wider § 5. No. 10b. der Verordnung vom 14. Dezember 1833. Es kommt demnach nicht weiter in Betracht, ob nicht, bei den oben erwähnten übrigen Feststellungen des Apellations-Erkenntnisses, dem Angriffe schon dadurch jeder Erfolg entzogen wäre, daß der Appellations-Richter unangefochten die eventuelle Feststellung giebt, daß die Tödtung der Kuh, wenn nicht vereinbart, sich als eine eigenmächtige Handlung des Verklagten, deren Folgen dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen könnten, darstellen würde.

Auch der fernere Vorwurf, daß Implorant über jene Thatsache nicht gehört, und somit wider Artikel 3. No. 1. der Deklaration vom 6. April 1839 verstoßen sei, ist hinfällig. Denn der Verklagte hatte in der Klagebeantwortung selbst eingewendet, es sei zwischen ihm und Klägern verabredet worden, daß die Kuh getödtet werden solle, um durch deren Sektion ihren Krankheitszustand zu ermitteln, und daß von dem Befunde die Erfüllung oder Aufhebung des Kaufgeschäftes abhängen solle.

Digitized by Google

No. 45. — IV. Senat. Sitzung v. 13. Okt. 1870.

Strunk ./. Moellmann. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Perleberg.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Zahlung kein Rechtsgeschäft im Sinne der No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839.

Zahlung und Anrechnung einer Zahlung sind keine Rechtsgeschäfte, wie No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839 sie voraussetzt.

Instruktion vom 7. April 1839 No. 9. (Gesetz-Sammlung S. 133.)

Kläger verlangte vom Verklagten 80 Rthlr., die ihm dieser für gekauftes Rohr schuldig geworden war. Verklagter wollte auf diese Schuld 70 Rthlr. abgerechnet wissen, die er mit Schreiben vom 13. Februar 1866 dem Kläger zugesandt hatte. Der Appellations-Richter verwarf den Einwand.

Auch die vom Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde, in welcher dem Appellations-Richter Verkennung der Natur und des Wesens der Zahlung und der Abrechnung einer solchen zum Vorwurf gemacht wurde, ist vom Ober-Tribunal zurückgewiesen.

Gründe:

Es handelt sich lediglich um die Frage: ob diejenigen 80 Rthlr., welche der Verklagte in dem Reverse vom 21. Januar 1866 dem Kläger für gekauftes Rohr schuldig zu sein anerkannt hat, die von ihm mittelst Schreiben vom 13. Februar 1866 an den Kläger eingesandten 70 Rthlr. als gezahlt anzusehen sind?

Der Appellationsrichter hat diese Frage verneint, und deshalb den Verklagten noch zur Zahlung von 70 Rthlrn. nebst 4 Prozent Zinsen seit dem 21. Juli 1866 verurtheilt,

Digitized by Google

indem von ihm, nach einer näheren Auseinandersetzung über das Ungenügende der desfallsigen Behauptungen und Beweisführung des Verklagten, erwogen worden:

„Es fehlt sonach an einer jeden direkten Behauptung und Beweisantretung dafür: daß eine Annahme und Verrechnung der Zahlung von 70 Rthlrn. auf die eingeklagte Forderung (von 80 Rthlrn.) erfolgt sei. Dem Kläger liegt hiernach und nach dem auf einander gar nicht bezüglichen Inhalte des Reverses vom 21. Januar und des Briefes vom 13. Februar 1866 keinerlei Nachweis dafür ob, daß und welche Anforderungen er sonst noch zu dieser Zeit an den Verklagten gehabt hat. Es genügt vielmehr schon das Zugeständniß des Verklagten in der Klagebeantwortung: daß er als Kommissionair des Klägers im Jahre 1865 Rohr für denselben an Dritte verkauft und den Kaufpreis von den Käufern erhoben habe, in Verbindung mit dem Reverse vom 21. Januar 1866, um demselben die vollständige Beweislast für die Bezüglichkeit der Zahlung auf die eingeklagte Forderung und für die Identität mit dem nach dem Briefe vom 13. Februar 1866 von Hoyer eingezogenen Betrage aufzuerlegen."

Nach der Behauptung in der Nichtigkeitsbeschwerde soll der Appellations-Richter durch diese Erwägung die Natur und das Wesen der Zahlung, sowie der Anrechnung einer Zahlung (No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839), verkannt und die §§ 149. 150. 152. 155. 28. 300. 301. I. 16. des Allgem. Landrechts verletzt haben, weil, wenn der Appellations-Richter nicht habe feststellen können, daß wirklich zwei Forderungen existirt, oder daß eine andere Forderung zuerst eingefordert gewesen, er das Verlangen des Verklagten, die 70 Rthlr. auf die eingeklagte Forderung in Anrechnung zu bringen, nicht zu Gunsten einer bloßen Möglichkeit habe abweisen dürfen.

Digitized by Google

Dieser Vorwurf ist jedoch ein ungerechtfertigter. Von einem rechtsgrundsätzlichen Verstoße im Sinne der No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839 kann hier keine Rede sein, da Zahlung und Anrechnung einer Zahlung, deren Natur und Wesen verkannt sein sollen, keine Rechtsgeschäfte sind, wie solche die No. 9. a. a. O. voraussetzt, um in deren Verkennung oder Denaturirung einen materiellen Richtigkeitsgrund antreffen zu können. Aber auch eine Verletzung der von dem Verklagten in Bezug genommenen, von der Zahlung und der Kompensation handelnden Gesetze liegt nicht vor, da die gegen den Verklagten ausgefallene Entscheidung des Appellations-Richters allein darauf beruht, daß derselbe es nicht für erwiesen angenommen hat, daß die fraglichen 70 Rthlr. auf die eingeklagten 80 Rthlr. gezahlt oder angerechnet worden, und er durch diese nur den Beweis betreffende Annahme nicht materiell gefehlt haben kann.

No. 46. — IV. Senat. Sitzung v. 13. Okt. 1870.

v. Haeseler ·|· Zippert. — Revision.

Gericht I. Instanz: Kreisgerichts-Deputation in Neustadt-Eberswalde.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Aenderung der Norm des Diffessionseides.

Der Richter ist nicht befugt, die gesetzlich vorgeschriebene Norm des Diffessionseides aus Gründen des materiellen Rechts zu ändern, und den Produkten von der Leistung eines Theiles des Eides zu entbinden.*

A. G. O. I. 10. §§ 134. 135.

---

* Vergl. Bd. 59. S. 46. dieses Archivs.

Digitized by Google

Der Appellations-Richter hatte das erste Urtheil abgeändert, und dem Kläger rücksichtlich einer vom Verklagten produzirten Urkunde einen Diffessionseid auferlegt, in dessen Norm er die Worte: „und daß dieselbe auch nicht an meiner Statt von einem Andern mit meinem Wissen und Willen geschrieben worden ist“ aus bestimmten Gründen weggelassen.

Verklagter revidirte. Das Ober-Tribunal hat darauf das Appellations-Urtheil geändert, und das erste wiederhergestellt.

Gründe:

Nach § 134. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung ist Jeder, welchem Privat-Urkunden, die er selbst ausgestellt haben soll, vorgelegt werden, verpflichtet, sich zu erklären, ob er sie für seine Hand und Unterschrift erkenne, oder den Diffessionseid in der daselbst vorgeschriebenen Norm zu schwören, und gegen den, welcher auf Erfordern des Richters sich weigert, das eine oder andere zu thun, gegen den ist dergleichen Urkunde in Kontumaziam für rekognoscirt zu erachten, — § 135. a. a. O. Nach diesen gesetzlichen Vorschriften muß die Partei, welcher eine solche Urkunde vorgelegt wird, wenn sie die Kontumazialfolge von sich abwenden will, nicht nur schwören, daß sie die Namensunterschrift nicht selbst geschrieben habe, sondern auch, daß die Unterschrift auch nicht an ihrer Statt von einem Andern mit ihrem Wissen und Willen geschrieben worden sei, und es kann eine Partei die Kontumazialfolge nicht dadurch abwenden, daß sie sich zur Ableistung des ersteren Theils des Diffessionseides erbietet, die Ableistung des letzteren Theiles aber ablehnt. Denn für die Frage, in welcher Norm der Diffessionseid abzuleisten ist, ist der § 134. a. a. O. allein entscheidend, und gegen die Partei, welche den Diffessionseid in der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form zu leisten verweigert, muß die Urkunde nach § 135. a. a. O. für rekognoscirt ange-

Digitized by Google

nommen werden. Auf die dem materiellen Recht angehörende Frage: ob eine Partei, mit deren Wissen und Willen eine Unterschrift von einem Andern anstatt ihrer geleistet worden ist, durch eine solche Unterschrift verpflichtet wird, kommt es dabei gar nicht an. Jede Erörterung dieser Frage schneidet § 135. a. a. O. dadurch ab, daß er die Urkunde in Kontumaziam für rekognoscirt erklärt. **Der Richter ist daher auch nicht berechtigt, die gesetzlich vorgeschriebene Norm des Diffessionseides aus Gründen des materiellen Rechts zu ändern und den Produkten von der Leistung eines Theiles des Eides zu entbinden.** Die Beschwerde des Revidenten, daß der Appellations-Richter aus dem dem Kläger auferlegten Diffessionseide die Worte: „und daß dieselben auch nicht an meiner Statt von einem Andern mit meinem Wissen und Willen geschrieben worden ist", durch die von ihm bewirkte Normirung des Eides ausgeschieden hat, erscheint daher begründet. Insoweit mußte daher das Appellations-Urtheil abgeändert, und das erste Urtheil, gegen welches Revident in der Sache selbst kein Rechtsmittel eingelegt hat, wiederhergestellt werden.

No. 47. – I. Senat. Sitzung v. 14. Okt. 1870.

v. Brandenstein ·|· v. Ziela. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Naumburg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Anstellung der Erbschaftsklage im persönlichen Gerichtsstande des Verklagten; Bedeutung der Konvention mit Sachsen-Altenburg für diese Frage; freiwillige Prorogation des Gerichtsstandes abseiten des Klägers.

a. Die Erbschaftsklage kann sowohl bei dem Erb-

Digitized by Google

schaftsforum, als bei einem andern sonst kompetenten Forum des Verklagten angestellt werden.*

A. G. O. I. 2. §§ 121. 125.

b. Der Art. 27. der Konvention mit Sachsen-Altenburg vom 18. Februar 1832 enthält in Betreff der Konkurrenz des Erbschaftsfori mit dem persönlichen keine von der Gerichts-Ordnung abweichenden Grundsätze.

Konvention mit Sachsen-Altenburg vom 18. Februar 1832 Art. 4. 27. (Gesetz-Sammlung S. 105.)

c. Nach dem Begriffe der Prorogation ist auch für den Kläger eine freiwillige Prorogation des Fori nicht untersagt.

A. G. O. I. 2. § 160.

In der Verhandlung vom 5. September 1866 haben sich beide Theile als Miterbinnen zur Hälfte anerkannt. Die beiden Güter des Nachlasses sind darin, einer jeden das eine, zu bestimmten Annahmepreisen übereignet. Die Nachlaßaktiva haben sie sich unter einander zu gleichen Theilen überlassen, alle Passiva zu gleichen halben Antheilen übernommen. Nach Einziehung der Aktiva und Berichtigung der Passiva hat Klägerin Aufstellungen gemacht: von der Aktiv- und Passivmasse des Nachlasses, und von demjenigen, was jede Miterbin aus dem Nachlasse erhalten, für denselben verausgabt habe. Es ist darnach der Rein-Nachlaß konstituirt, das Erbtheil der Miterbinnen berechnet und ein Saldo gezogen, nach welchem Beklagte der Klägerin die jetzt eingeklagte Summe herauszugeben hat. Die Klage ist bei dem Gerichte des Wohnsitzes der Beklagten angestellt. Der

* Vergl. Bd. 11. S. 168. dieses Archivs.

Digitized by Google

erste Richter wies die Klage wegen Inkompetenz des Fori ab, und der Appellations-Richter bestätigte dies Urtheil, indem er das Erbschaftsforum bei dem Gerichte des letzten Wohnsitzes des Erblassers in Sachsen-Altenburg für das allein zulässige erklärte, und zwar im Wesentlichen aus zwei Gründen, nämlich weil

1. hier eine Erbschaftsklage vorliege, für welche sowohl in der Allg. Gerichts-Ordnung als in der Konvention mit Sachsen-Altenburg der Gerichtsstand der Erbschaft absolut angeordnet sei, und
2. weil die Konvention für einen Fall, wie der jetzige, Klägerin zur Anstellung der Klage bei dem ausländischen Erbschaftsforo nöthige und dadurch indirekt eine freiwillige Prorogation untersage, die sonst eintreten würde, da sich Beklagte, ohne die Inkompetenz zu rügen, auf die Klage eingelassen habe.

Klägerin erhob die Nichtigkeitsbeschwerde.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Erkenntniß vernichtet, das erste Erkenntniß abgeändert, den Einwand der Inkompetenz des Fori verworfen, und die Sache in die erste Instanz zurückgewiesen.

Gründe:

Durch seine Gründe verstößt der Appellations-Richter wider die §§ 121. 125. I. 2. der Allg. Gerichts-Ordnung, die Art. 4. 27. der Konvention, indem er davon eine unrichtige Anwendung auf einen nicht passenden Fall macht.

Von den beiden Fällen des Erbschaftsfori kommt der eine, der der Klagen von Erbschaftsgläubigern und Legatarien wider die Erben — §§ 122—124. I. 2. der Allg. Gerichts-Ordnung, Art. 17. der Konvention — hier nicht in Betracht. In Betreff des zweiten, des Erbschafts-Anspruches, verordnet § 125. a. a. O., daß Ansprüche wegen eines Erbrechts in dem Gerichtsstande der Erbschaft so lange

Digitized by Google

angebracht werden können, als daselbst noch ein Theil des Nachlasses, an welchen sich der Kläger halten kann, vorhanden ist. In dem Ausdruck können liegt, daß die Klage bei dem Erbschaftsforo für den Kläger fakultativ ist, ihm frei steht. Die Anstellung der Klage bei einem anderen sonst kompetenten Foro des Beklagten wird ihm dadurch nicht abgeschnitten, wie es der Fall sein würde, wenn es hieße: nur angebracht werden können, oder angebracht werden müssen. Der Appellations-Richter setzt bei seiner Interpretation des § 125. schon voraus, was doch erst zu erweisen wäre, daß das Erbschaftsforum das alleinige, alle anderen Fora der Beklagten ausschließendes sei.

Gemeinrechtlich, wo nicht Partikulargesetze etwas anderes bestimmen, war dies nicht der Fall. Das Römische Recht kannte kein besonderes Erbschaftsforum. Die Erbrechtsklagen, die hereditatis petitio und actio familiae erciscundae, waren bei dem persönlichen Foro des Beklagten, nach Umständen fakultativ bei dem dinglichen Gerichtsstande anzustellen (Savigny, System Bd. 8. S. 309.; v. Beyer, Prozeß S. 193.). Von diesem Grundsatze hat sich die Gerichts-Ordnung nicht gänzlich losgesagt, ihn nur modifizirt. Sie stellt im Thl. I. Tit. 2. drei ordentliche Gerichtsstände auf, 1. den persönlichen des Wohnsitzes oder der Herkunft (§§ 8—106.), 2. den dinglichen (§§ 107—125.), 3. den gewisser Angelegenheiten und Geschäfte (§§ 126—130.), worauf in den §§ 131. ff. die Vorschriften über die verschiedenen außerordentlichen Gerichtsstände folgen. Das Erbschaftsforum behandelt sie in den §§ 121—125. unter den Vorschriften vom dinglichen Gerichtsstande, gewissermaaßen als eine Anwendung desselben. In dem auf ihn bezüglichen § 115. hat sie dem Kläger die Wahl gegeben, einen zugleich dinglichen und persönlichen Anspruch bei dem Richter der Sache oder bei dem persönlichen Gerichtsstande des Beklag-

Digitized by Google

ten zu verfolgen. Von dieser Wahlbefugniß des Klägers ist für den Gerichtsstand der Erbschaft weder in dem schon oben mitgetheilten § 125., noch in dem § 121. eine Ausnahme gemacht. Letzterer bestimmt nur, daß der letzte persönliche Gerichtsstand des Erblassers den seiner Erbschaft ausmache. In vielen Fällen wird der Kläger es seinem Interesse gemäß finden, oder genöthigt sein, das Erbschaftsforum zu wählen, letzteres insbesondere alsdann, wenn mehrere Erben in demselben Prozesse zu verklagen sind, und sie einen verschiedenen persönlichen Gerichtsstand haben, der des einen mithin nicht wider die mitverklagten übrigen begründet ist. Dieser Fall trifft hier nicht zu. Es ist nur ein Miterbe vorhanden, die Beklagte, und die Klage bei ihrem persönlichen Gerichtsstande angestellt. Daß aber der § 125. den Gerichtsstand der Erbschaft nicht als einen ausschließlichen für Erbrechts-Ansprüche festsetze, ist bereits in dem Präjudikate (Entscheidungen Bd. 27. S. 63.) angenommen.

Der Art. 27. der Konvention enthält keine von der Gerichts-Ordnung abweichende Grundsätze in Betreff der Konkurrenz des Erbschaftsfori mit dem persönlichen. Er besagt: Erbschaftsklagen werden da, wo die Erbschaft sich befindet, erhoben, dergestalt, daß, wenn sich die Erbschaftsstücke zum Theil in dem einen, zum Theil in dem anderen Staatsgebiet befinden, der Kläger seine Klage zu theilen verbunden ist. Alle bewegliche Erbschaftsstücke und Nachlaßaktiva werden, wie Alinea 2. und 3. hinzufügt, als im Wohnort des Erblassers befindlich angesehen. Hier ist nach dem Standpunkt des Gemeinen Rechts das Erbschaftsforum, als mit dem dinglichen in Verbindung stehend, aufgefaßt, und nicht ausdrücklich verordnet, daß es den persönlichen Gerichtsstand des Beklagten ausschließe. Ueberdies erhellt nicht, daß sich, wie der Art. 27. voraussetzt, in dem letzten persönlichen Wohnsitz des Erblassers, dem Rittergute Prosdorf in Sachsen-Altenburg, noch Erb-

Digitized by Google

schaftsstücke befinden. Die Güter sind in der Verhandlung vom 5. September 1866 den übernehmenden Miterbinnen zum besonderen Eigenthum überwiesen, ihr Besitztitel ist für diese berichtigt. Die Aktiva dritter Gläubiger an den Nachlaß sind bezahlt, die der Erbinnen ihnen auf ihre Erbtheile anzurechnen. Der ganze bewegliche Nachlaß, soweit er in körperlichen Sachen besteht, muß getheilt sein. Kein Theil hat ihn zur Sprache gebracht und behauptet, daß er noch zur Theilung kommen müsse. Durch den § 27. wird daher die Inkompetenz des persönlichen Fori in keiner Weise gerechtfertigt.

Der vom Appellations-Richter angezogene Tit. 46. der Allgem. Gerichts-Ordnung handelt von der Erbauseinandersetzung. Sie muß nicht nothwendig durch ein gerichtliches Verfahren geschehen, gehört aber, wenn einer der Erben ein solches verlangt, vor das Erbschaftsforum. In demselben sollen die hervortretenden Streitpunkte über die Erbrechte und Erbquoten, die Konstituirung der Masse, die Theilung, die Berechnung und Anweisung der Erbtheile ausgeworfen und zur Entscheidung instruirt werden, die alsdann von demselben Richter, dem kompetenten Erbschaftsgericht, zu erfolgen hat. Daraus läßt sich nicht folgern, daß ein jeder außerhalb eines Nachlaßregulirungs-Verfahrens zwischen Miterben über das Erbrecht oder die Erbtheilung obwaltender Streitpunkt unbedingt und nothwendig zur ausschließlichen Kompetenz des Erbschaftsfori gehöre. Ein gerichtliches Erbtheilungsverfahren ist von keinem Theile beantragt und nicht anhängig. Der Appellations-Richter selbst stellt nicht fest, daß ein solches Verfahren bei dem Nachlaßgericht schwebe. Als den Gegenstand des Prozesses bezeichnet er eine Forderung, die der Klägerin nach ihren Aufstellungen der Aktivmasse, der Passivmasse und der beiderseitigen Accepte, von der Beklagten, ihrer alleinigen Miterbin, noch zukomme.

Wären aber selbst Bedenken, hier das persönliche Forum

Digitized by Google

der Beklagten für kompetent zu achten, so würde doch nach § 160. a. a. O. der Gerichtsstand durch freiwillige Prorogation begründet sein. Der Appellations-Richter selbst erkennt dies an sich an. Er stellt fest, Beklagte habe sich auf die Klage eingelassen, ohne, wie nach § 160. a. a. O. erforderlich gewesen wäre, gleichzeitig die Inkompetenz zu rügen. Dennoch läßt er auch dies Forum nicht zu, und behauptet, die Prorogation sei durch den Art. 4. der Konvention verboten. Er lautet:

„Keinem Unterthanen ist es erlaubt, sich durch freiwillige Prorogation der Gerichtsbarkeit des anderen Staats, dem er als Unterthan und Staatsbürger nicht angehört, zu unterwerfen."

Die Bestimmung ist eine so deutliche, daß der Appellations-Richter nicht umhin kann, anzuerkennen, daß sich Beklagte, die im Inlande wohnt und verklagt ist, auf den Art. 4. nicht berufen könne. Rücksichtlich ihrer würde sonach die Prorogation keine unerlaubte sein. Der Appellations-Richter behauptet aber, der Art. 4. enthalte ein Verbot für Klägerin, ihre Klage bei einem anderen Gerichte, als dem der Erbschaft anzustellen. Ein solches ist darin nicht zu finden. Er bestimmt über die Zulässigkeit der freiwilligen Prorogation durch Auslassung auf eine bei einem inkompetenten Gericht angestellte Klage. Es steht aber mit dem Begriffe der Prorogation nicht im Einklang, daß dem Kläger eine freiwillige Prorogation untersagt sein soll. Der Appellations-Richter nimmt deshalb die Römische Theorie von der Eigenschaft der Theilungsklagen als judicia duplicia zur Hülfe. Diese Theorie ist jedenfalls nur sehr bedingt für das Prozeßrecht anzuerkennen, und kann vielleicht auf die Frage von der Vertheilung der Beweislast von einigem Einfluß sein. Für die Frage von der Kompetenz des Gerichtsstandes, um die es sich hier handelt, ist sie ohne alle Bedeutung. Der Art. 4. würde passen,

Digitized by Google

wenn Beklagte eine Staatsangehörige von Altenburg und im Inlande bei einem nicht kompetenten Foro verklagt wäre.

Solchergestalt leitet der Appellations-Richter aus dem Art. 4. her, daß Klägerin ihren Anspruch nicht bei dem inländischen Gerichtsstande des Wohnsitzes der Beklagten geltend machen könne, sondern genöthigt sei, ihn bei dem ausländischen Gerichtsstande der Erbschaft zu verfolgen. Die hineingelegte Beschränkung ist nicht als eine solche anzusehen, die lediglich das Prozeßverfahren betrifft. Der Appellations-Richter nimmt an, daß das Forum der freiwilligen Prorogation durch den Art. 4. nicht gehindert sei, da Beklagte es verabsäumt habe, den Einwand der Inkompetenz bei Beantwortung der Klage aufzustellen. Die Beschränkung soll in der Natur der Theilungsklagen als judicia duplicia, mithin in den Eigenschaften und dem Umfange des materiellen Rechts der Klägerin aus der Erbschaft gegen ihre Miterbin, beruhen. Der Verstoß erscheint daher als ein rechtsgrundsätzlicher und hat für sich allein die Nichtigkeit des vorigen Urtheils zur Folge. Durch einen anderen selbstständigen Grund wird die Entscheidung nicht gehalten. Der Appellations-Richter erachtet zwar das Erbschaftsforum als ein den persönlichen Gerichtsstand des Wohnsitzes unbedingt ausschließendes. Darauf kommt es aber für den Erfolg der Nichtigkeitsbeschwerde nicht an. Der Gerichtsstand mußte durch freiwillige Prorogation der Beklagten, deren Voraussetzungen der Appellations-Richter als vorhanden ansieht, als begründet erscheinen, wenn nicht, wie der Appellations-Richter dafür hält, in dem Art. 4. a. a. O. ein Hinderniß für Klägerin gelegen hätte, ihren Anspruch bei dem inländischen Gerichte einzuklagen. Es kann hier ganz auf sich beruhen, ob nicht die unrichtig angewendeten §§ 121. 125. a. a. O., Art. 27. a. a. O. bloße Prozeßvorschriften enthalten, die nicht zu den wesentlichen gehören, und ob daher ihre Verletzung einen Nichtigkeitsgrund ausmacht.

Digitized by Google

Die Hauptsache anlangend, so ist nach dem oben Gesagten das Erbschaftsforum nicht das ausschließliche, und der mit demselben elektiv konkurrirende persönliche Gerichtsstand des Wohnsitzes der Beklagten kompetent. Es war daher die vom ersten Richter erkannte Abweisung der Klage wegen Inkompetenz des Fori abzuändern, dieser Einwand zu verwerfen, und die Sache zur weiteren Verhandlung und zur Entscheidung darüber zurückzuweisen.

No. 48. — I. Senat. Sitzung v. 14. Okt. 1870.

Wenig ./. Pritzkow. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Vererbung aus wechselseitigen Testamenten.*

a. Bei wechselseitigen Testamenten sind die für den Fall des Todes des Letztlebenden zu Erben des beiderseitigen Vermögens berufenen Personen — sie mögen deren Kinder sein, oder nicht — an sich nur in Betreff des Nachlasses des Erstverstorbenen als fideikommissarische Substituten des überlebenden Ehegatten, in Betreff des Nachlasses dieses zuletzt versterbenden dagegen als direkt instituirte Erben anzusehen.

b. Die von jedem der Ehegatten neben der Einsetzung des andern Ehegatten ausgesprochene Berufung von Personen der im § 493. II. 1. des Allg.

* Vergl. Bd. 10. S. 317., Bd. 34. S. 50., Bd. 45. S. 330., Bd. 54. S. 197., Bd. 61. S. 235., Bd. 62. S. 236. dieses Archivs.

Digitized by Google

Landrechts bezeichneten Art zu Erben läßt sich beim Mangel anderer Bestimmungen der Testatoren nur dahin auffassen, daß jeder Ehegatte für seinen Todesfall mehre direkte Erben ernannt habe.

A. L. R. II. 1. §§ 492. 493.

c. Nach dem Tode des Erstverstorbenen würde die Annahme der testamentarischen Erbschaft Seitens des Ueberlebenden an sich nur die Folge haben, daß der letztere

1. den Nachlaß des ersteren mit den von diesem berufenen Miterben zu theilen, und
2. rücksichtlich seines eigenen dereinstigen Nachlasses es bei der zum Besten der bezeichneten Personen im wechselseitigen Testamente seinerseits bestimmten Erbeseinsetzung zu belassen

verpflichtet sein würde.

d. In solchen Fällen kann nach allgemeinen Grundsätzen vom Erbanfalle nicht davon die Rede sein, daß die vom Ueberlebenden in seinen Nachlaß berufenen direkten Erben auf dessen ihnen erst bei seinem Tode anfallende Erbschaft bei seinen Lebzeiten schon ein wirkliches auf ihre Erben transmissibles Recht erworben haben sollten.

A. L. R. I. 9. § 367.

In dem Testamente vom 25. Juni 1853 haben die Rackow'schen Eheleute sich wechselseitig und ihre vier Kinder mit der Maaßgabe zu Erben eingesetzt, daß der überlebende Ehegatte in ungestörtem Besitz, Verwaltung und Nießbrauch des gemeinschaftlichen Vermögens verbleiben, und die Kinder

Digitized by Google

sich mit dem begnügen sollten, was bei dem Tode des letztlebenden Ehegatten von dem beiderseitigen Vermögen noch übrig sein würde.

Der Mann starb im Juli 1853, die Frau im Jahre 1868. Von den vier Kindern (zwei Söhnen und zwei Töchtern) ist, nachdem die Mutter die Erbschaft des Mannes aus diesem Testament angetreten hatte, 1855 die eine Tochter mit Hinterlassung einer Tochter als ihrer alleinigen Erbin, und 1857 der eine Sohn kinderlos gestorben, und sodann ist auch die gedachte Enkelin 1866 mit Tode abgegangen und von ihren beiden Großmüttern, nämlich von väterlicher Seite von der Klägerin, und mütterlicher Seits von der Wittwe Rackow, der erwähnten Mittestatrix, beerbt worden. Und es ist unter den Parteien, nämlich der Klägerin als der Erbeserbin der eingesetzten 1855 gestorbenen Tochter, und den zwei am Leben gebliebenen Kindern der Rackow'schen Eheleute, darüber Streit:

ob, inwieweit und in welchem Verhältniß Erstere (die Klägerin) aus dem wechselseitigen Testamente vom 23. Juni 1853 Erbansprüche auf das von der 1868 verstorbenen Wittwe Rackow nachgelassene Vermögen geltend machen könne?

Klägerin hatte ursprünglich ein Drittel des Nachlasses der beiden Testatoren, sowie Legung und Manifestirung eines Inventars über den Vermögensbestand zur Zeit des Todes der überlebenden Ehefrau gefordert. In erster Instanz erhielt sie ein Sechstel, und in zweiter Instanz nur $^5/_{32}$ des Nachlasses beider Eheleute zugesprochen.

Die Verklagten legten die Nichtigkeitsbeschwerde ein.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Urtheil vernichtet, und unter Abänderung des ersten Erkenntnisses dahin erkannt,

daß die Verklagten zwar schuldig, das Erbrecht der Klägerin zu $^5/_{32}$ von dem im Nachlasse der Wittwe Rackow,

Digitized by Google

Dorothea Gottliebe, geborenen Rowald, am 31. August 1868 noch vorhanden gewesenen Bestande des von ihr und ihrem Ehemanne, dem Viktualienhändler Johann Friedrich Israel Rackow, am 10. Juli 1853 gemeinschaftlich besessenen Vermögens anzuerkennen, über diesen Vermögensbestand ein vollständiges Inventar einzureichen und dasselbe eidlich zu manifestiren, die Klägerin aber mit den weiter gehenden Anträgen abzuweisen.

Die

Gründe,

soweit sie hier von Interesse, lauten:

Der Appellations-Richter stellt fest:

daß dieses wechselseitige Testament ein sogenanntes testamentum correspectivum, d. h. ein solches sei, wodurch Einer den Andern in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeseinsetzung oder wegen derselben zu seinem Erben ernannt habe, und zwar lediglich deshalb, weil die Korrespektivität des wechselseitigen Testaments der Ehegatten, ohne daß es der Darlegung besonderer Umstände bedürfe, im Zweifel, —

(§ 485. II. 1. des Allgem. Landrechts),

und wenn die Verordnungen im Testamente zu Gunsten der gemeinschaftlichen Kinder abzielen, —

(§§ 492. 493. daselbst),

vermuthet werde.

Hieraus folgert der Appellations-Richter — er sagt: „hiernach also" —, daß die Einsetzung des einen Ehegatten durch die des *andern* bedingt gewesen sei, und fährt dann so fort:

Wenn der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem testamentum correspectivum annehme, so gelten natürlich alle ihm vom erstverstorbenen gemachten Auflagen, mithin auch die fideikommissarische Substitution hinsichtlich des eigenen Vermögens. Durch die Annahme werde

Digitized by Google

das wechselseitige Testament für den überlebenden Ehegatten ein Erbvertrag. Das Recht, die Restitution bei Eintritt des Falles zu fordern, erwerbe der Fideikommissar schon mit dem Tode des Erstverstorbenen. Dieser sei sein Erblasser, und der überlebende Ehegatte Fiduziar. Der juristische Grund hierfür sei eine Obligation, welche aus der Erbantretung für den Ueberlebenden entstehe, denn aus dem Fideikommiß folge dies allein nicht, weil das onus nicht den honos übersteigen dürfe. Gleichwohl werde der Fiduziar im Fall der Annahme der Erbschaft wirklich Eigenthümer derselben, er übernehme nur zugleich eine Obligation gegen den Fideikommissar. Dieses Recht des Fideikommissars gehe — vorausgesetzt, daß er den erstverstorbenen Ehegatten überlebt habe — aktiv und passiv auf seine Erben über. Seine Rechte auf die ganze Erbschaft beider Ehegatten seien blos durch die Rechte des überlebenden Ehegatten beschränkt, nur die Erwerbung der Erbschaft, nicht das Recht selbst, sei bis zum Tode des längstlebenden Ehegatten suspendirt; dieses transferire der Fideikommissar auf seine Erben. Die Ausführung der Verklagten, daß der Tod des überlebenden Ehegatten maaßgebend sei, widerspreche dem Wesen der fideikommissarischen Substitution. Hiermit stehe das Recht der Kläger auf die Erbschaft auch des überlebenden Ehegatten, der zuletzt verstorbenen verwittweten Rackow, ex testamento kraft der Repräsentation durch ihre Enkelin Marie Mathilde Anna Wenig fest.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wirft dem Appellations-Richter vor, durch die Annahme:

> daß das Recht, welches die verehelichte Wenig und respektive deren Tochter durch den Antritt der Erbschaft Seitens der Wittwe Rackow auf deren und ihres vorverstorbenen Mannes gesammten Nachlaß erworben hatten, vererblich sei,

Digitized by Google

sich einer Verkennung der Natur und des wesentlichen Charakters des zur Beurtheilung vorliegenden Rechtsverhältnisses im Sinne der No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839 schuldig gemacht, und die §§ 492. 493. II. 1., den § 485. I. 12., den § 162. I. 4., den § 367. I. 9., den § 281. I. 12. des Allg. Landrechts, sowie einen dahin formulirten Rechtsgrundsatz verletzt zu haben:

Wenn Eheleute in einem korrespektiven Testamente einander wechselseitig, und nach dem Tode des letztlebenden ihre gemeinschaftlichen Kinder zu Erben ihres gesammten, dann vorhandenen Vermögens eingesetzt, und der überlebende Ehegatte die Erbschaft angenommen hat, demnächst aber während seines Lebens eines der Kinder ohne Descendenten stirbt, oder die Descendenten dieses Kindes nach demselben, aber ebenfalls vor dem überlebenden Ehegatten versterben — so gehen die Rechte, welche diesem Kinde und beziehungsweise seinen Descendenten hinsichtlich des eigenen Nachlasses des letztlebenden Ehegatten zugestanden haben würden, auf ihre anderweiten Erben nicht über.

Diese Nichtigkeitsbeschwerde erscheint jedenfalls insoweit begründet, als der Appellations-Richter, welcher das Recht der Klägerin als Erbeserbin der im wechseitigen Testamente der Rackow'schen Eheleute mit zur Erbin derselben berufenen einen Tochter, der verwittweten Wenig, auf den Nachlaß der Wittwe Rackow nicht auf den besonderen Inhalt des gedachten Testaments gegründet, sondern lediglich aus der Korrespektivität desselben auf Grund der §§ 485. 492. 493. II. 1. des Allgem. Landrechts hergeleitet hat, im Anschluß an die von Koch in seinem Privatrecht Thl. II. S. 777. aufgestellte Ansicht seine Entscheidung auf die Annahme gestützt hat:

Durch die Annahme der Erbschaft aus einem wechselseitigen korrespektiven Testamente Seitens des überlebenden Ehegatten werde dasselbe für ihn Erbvertrag; — in Folge

Digitized by Google

solcher Erbschaftsantretung gälten natürlich alle ihm vom Erstverstorbenen gemachten Auflagen, mithin auch die fideikommissarische Substitution hinsichtlich des eigenen Vermögens (des Ueberlebenden), — der Fideikommissar erwerbe das Recht, die Restitution bei Eintritt des Falles zu fordern, schon mit dem Tode des Erstverstorbenen, dieser sei sein Erblasser, und der überlebende Ehegatte sei Fiduziar 2c.

Durch diese Ausführung hat sich der Appellations-Richter allerdings der von den Imploranten gerügten Verletzung der §§ 492. 493. a. a. O. schuldig gemacht. Aus deren Bestimmung:

daß der überlebende Ehegatte, wenn er die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente angenommen habe, auch von seinen eigenen Verordnungen, insofern sie zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder 2c. abzielen, nicht wieder abgehen könne,

lassen sich die angeführten abstrakten Sätze nicht herleiten. Darf der überlebende Ehegatte im gedachten Falle auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, also dieselben, soweit sie zum Besten der Kinder getroffen sind, einseitig nicht widerrufen, so ist er doch an diese Anordnungen nicht wie an eine fideikommissarische Substitution ohne Weiteres gleich einem Fiduziar-Erben gebunden. Vielmehr sind bei wechselseitigen Testamenten die für den Fall des Todes des Letztlebenden zu Erben des beiderseitigen Vermögens berufenen Personen — sie mögen nun deren Kinder sein oder nicht — **an sich nur** in Betreff des Nachlasses des **Erstverstorbenen** als **fideikommissarische Substituten** des überlebenden Ehegatten, in Betreff des Nachlasses **dieses zuletzt Versterbenden** dagegen als **direkt instituirte** Erben anzusehen, weil dieser, so lange er am Leben ist, sein eigenes Vermögen nicht als sein Erbe, also auch nicht

Digitized by Google

als Fiduziar-Erbe besitzen kann. An diesem Grundsatze ist diesseits konstant —

(Entscheidungen Bd. 18. S. 35. 36., Bd. 23. S. 193. 200., Striethorst's Archiv Bd. 45. S. 333., Bd. 54. S. 203., vergl. auch Entscheidungen Bd. 26. S. 64.) —

festgehalten, dabei aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen worden, daß in einem konkreten Falle — und ein solcher wurde z. B. in dem Revisions-Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 1. Oktober 1838 —

(abgedruckt im Schlesischen Archive Bd. 3. S. 577. ff.),

nach dessen Gründen S. 578. als vorhanden angenommen, — der Inhalt eines wechselseitigen Testamentes die Annahme rechtfertigen könnte:

der Erstverstorbene habe dem Ueberlebenden die direkte Einsetzung der Kinder zur Pflicht und dessen eigene Einsetzung hiervon abhängig gemacht;

und:

der Ueberlebende solle an die demgemäß getroffenen Anordnungen über seinen eigenen Nachlaß als an eine fideikommissarische Substitution gebunden sein.

Der Appellations-Richter ist aber auf den Inhalt des hier vorliegenden Testamentes nicht näher eingegangen, sondern hat sich auf die Feststellung: daß es ein wechselseitiges korrespektives Testament sei, beschränkt, daraus die Folgerung: die Einsetzung des einen Ehegatten sei durch die des anderen bedingt gewesen, gezogen, und hierauf allein die Annahme:

der überlebende Ehegatte sei durch den Antritt der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente, welches für ihn ein Erbvertrag werde, Fiduziar hinsichtlich seines eigenen Vermögens geworden, und es seien wie alle ihm vom Erstverstorbenen gemachten Auflagen, so auch die fideikommissarische Substitution hinsichtlich des eigenen Vermögens gültig geworden,

gestützt.

Digitized by Google

Diese rechtlichen Folgerungen sind aber in solcher Allgemeinheit entschieden unrichtig.

Richtig in der Deduktion des Appellations-Richters sind nur die Sätze:

daß, soweit der erstverstorbene Ehegatte als Erblasser und der überlebende als Fiduziar anzusehen sei, der Fideikommissar das Recht, bei Eintritt des (Substitutions-) Falles die Restitution zu fordern, schon mit dem Tode des Erstverstorbenen erwerbe und auf seine Erben transmittire, und daß, wenn der überlebende Ehegatte aus dem wechselseitigen korrespektiven Testamente die Erbschaft annehme, alle ihm von dem Erstverstorbenen gemachten Auflagen gelten.

Allein die Frage:

welche Auflagen der Erstverstorbene dem Ueberlebenden gemacht habe?

ist eine Willensfrage, die sich eben nur konkret nach dem Inhalte des zur Beurtheilung vorliegenden wechselseitigen Testaments beantworten läßt. Blos daraus, daß ein Testament ein korrespektives, also ein solches ist, worin die Einsetzung des einen Ehegatten durch die Einsetzung des andern (Ehegatten) bedingt ist, kann aber noch nicht auf den Willen des Erstversterbenden geschlossen werden, nicht blos über sein, sondern auf Grund des § 374. I. 12. des Allg. Landrechts auch über das Vermögen des Ueberlebenden zu verfügen und demselben rücksichtlich dessen eigenen Vermögens über die Bestimmung des § 492. a. a. O. hinausgehende beschränkende Auflagen zu machen. Ebenso läßt sich eventuell auch nur konkret beurtheilen, ob, wenn der Erstverstorbene dem Andern Beschränkungen in Bezug auf dessen eigenes Vermögen auferlegt hat, dieselben sich auch auf dasjenige Vermögen erstrecken sollen, was der Ueberlebende nicht schon zur Zeit des Todes des Erstern besessen hat.

Die von jedem der Ehegatten neben der Ein-

Digitized by Google

setzung des andern Ehegatten ausgesprochene Berufung von Personen der im § 493. bezeichneten Art zu Erben läßt sich beim Mangel anderer Bestimmungen der Testatoren nur dahin auffassen: daß **jeder** Ehegatte für **seinen** Todesfall **mehrere direkte** Erben ernannt habe. **Und nach dem Tode des** Erstversterbenden würde die Annahme der testamentarischen Erbschaft Seitens des Ueberlebenden an sich nur die Folge haben, daß der letztere:

a) den Nachlaß des Ersteren mit den von **diesem** berufenen Miterben zu theilen, und

b) rücksichtlich **seines eigenen dereinstigen** Nachlasses es bei der zum Besten der bezeichneten Personen im wechselseitigen Testamente seinerseits bestimmten Erbeseinsetzung zu belassen,

verpflichtet sein würde. In solchem Falle könnte nach den **allgemeinen** Grundsätzen vom Erbanfalle —

§ 367. I. 9. des Allgem. Landrechts —

nicht davon die Rede sein, daß die vom Ueberlebenden in **seinen** Nachlaß berufenen — direkten — Erben auf **dessen** ihnen **erst mit seinem Tode anfallende** Erbschaft **bei seinen Lebzeiten** schon ein wirkliches, auf ihre Erben transmissibles Recht erworben haben sollten.

Wenn die Eheleute aber neben sich selbst ihre gemeinschaftlichen Kinder oder andere Personen der im § 493. bezeichneten Art mit der Maaßgabe berufen haben, daß dieselben sich mit dem begnügen sollen, was beim Tode des Längstlebenden der Ehegatten, der bei Lebzeiten freie Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen haben solle, von dem beiderseitigen Vermögen noch vorhanden sein werde, so stellt sich die Sache nach allgemeinen Rechtsregeln so:

a) der Ueberlebende erhält die freie Verfügung über des Verstorbenen Vermögen respektive dessen Nachlaß und

Digitized by Google

behält die freie Verfügung über sein eigenes Vermögen;

b) derselbe wird alleiniger Fiduziar-Erbe des Nachlasses des Erstverstorbenen, und die von diesem berufenen Miterben sind nur fideikommissarische Erben nach Maaßgabe der §§ 468. 469. I. 12. des Allgem. Landrechts auf das, was von diesem seinem Nachlasse bei dem mit dem Tode des Ueberlebenden eintretenden Substitutionsfalle noch übrig geblieben sein wird — in id, quod superit —;

c) rücksichtlich des dereinstigen Nachlasses des Ueberlebenden, soweit er zu b. nicht mit Substitution belastet ist, ist die Berufung des andern Ehegatten als Fiduziar-Erben durch dessen Tod, der ihn selbstredend verhindert, überhaupt Erbe des Längstlebenden zu werden, fortgefallen, und die eingesetzten Miterben kommen lediglich als direkt berufene Erben in Betracht, erwerben mithin ein Recht auf die Erbschaft, soweit darin nicht das mit der gedachten Substitution belastete Vermögen des erstverstorbenen Ehegatten enthalten ist, erst durch den vom Tode des Längstlebenden als ihres diesfälligen Erblassers abhängigen Erbanfall, und können solches, bevor sie diesen nicht erlebt haben, auch nicht weiter vererben. Und dabei versteht sich von selbst, daß ihnen von dem bei der Testaments-Errichtung vorhandenen Vermögen des Letztlebenden als Erbschaft desselben nicht mehr zufallen kann, als bei seinem Tode davon noch übrig respektive vorhanden ist.

Die mit diesen Grundsätzen im Widerspruch stehende Entscheidung verletzt die §§ 492. 493. a. a. O., sowie den § 367. I. 9. des Allgem. Landrechts und unterliegt daher der Vernichtung.

Digitized by Google

No. 49. — III. Senat. Sitzung v. 14. Okt. 1870.

Wolff -|- Kummer. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Schwetz.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Anspruch des Grundstücksbesitzers aus § 56. der Konkurs-Ordnung; Nichtanwendbarkeit des § 52. des Anhangs zum Allgem. Landrecht bei Bezahlung des Gläubigers aus der Subhastationsmasse.

a. Aus dem im § 56. der Konkurs-Ordnung im Interesse der Hypothekengläubiger gegebenen Regreßrechte kann der Besitzer der konjunktim verhafteten Grundstücke für sich eine Ausgleichung nicht herleiten.*

Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 § 56.

b. Ein Rechtsanspruch unter dem Schutze des § 52. des Anhangs zum Allg. Landrecht kann nur durch eigene Zahlung des Besitzers, nicht durch eine Befriedigung des Gläubigers aus der Subhastationsmasse herbeigeführt werden.**

A. L. R. I. 16. Anhang § 52. zu § 484.

Auf den beiden zur Kummer'schen Konkursmasse gehörigen Grundstücken Gruezno No. 129. und Kozselec No. 1. hafteten konjunktim für v. Rüxleben 12,000 Rthlr. Bei der zuerst erfolgenden Subhastation des ersteren Grundstücks liquidirte der Gläubiger seine ganze Forderung, kam jedoch nur zum Theil zur Hebung. Er liquidirte deshalb bei der späteren Subhastation des zweiten Grundstücks den Rest, den er auch erhielt. Die Konkursmasse legte nun eine Pro-

* Vergl. Bd. 34. S. 168., Bd. 41. S. 26., Bd. 43. S. 74. dieses Archivs.
** Vergl. Bd. 24. S. 265. dieses Archivs.

Digitized by Google

portionsrechnung gemäß § 56. der Konkurs-Ordnung an, wonach bei verhältnißmäßiger Berichtigung der Post aus beiden Grundstücken auf das Grundstück Gruezno No. 129. weniger gekommen sein würde, als daraus bezahlt worden ist. Die Differenz beanspruchte sie, da auf Gruezno No. 129. hinter den 12,000 Rthlrn. andere Hypotheken nicht eingetragen gewesen waren, nunmehr vor den auf Kozselec No. 1. hinter den 12,000 Rthlrn. haftenden Hypotheken für sich. Sie bestritt deshalb das Liquidat des Klägers, dessen Hypothek hinter den 12,000 Rthlrn. eingetragen war. Ihr Anspruch wurde aber von den Vorderrichtern nicht anerkannt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten ist vom Ober-Tribunal zurückgewiesen.

Gründe:

Wenn der Baron v. Rüxleben seine Korreal-Hypothekenforderung von 12,000 Rthlrn. bei dem Grundstücke Gruezno No. 129., und demnächst den erlittenen Ausfall bei dem korrealiter verhafteten Grundstücke Kozselec No. 1. liquidirte und bezahlt erhielt, so machte er ein ihm zustehendes dingliches Korrealrecht in den Grenzen des Gesetzes geltend. Die Realisation einer Korreal-Hypothekenforderung kann ein Regreß- und Ausgleichungsverhältniß in doppelter Beziehung begründen: einmal für die, der Korrealforderung nachstehenden Hypothekengläubiger, welche durch die Befriedigung des Korrealgläubigers aus einem der verhafteten Grundstücke in größerem als antheiligen Umfange, benachtheiligt worden sind, und dann für die Besitzer der korrealiter verhafteten Grundstücke, welche über ihre tributarische Haftpflicht hinaus die Korrealschuld erfüllt haben. Das, zum Schutze der Hypothekengläubiger, welche nur in der Erwartung der antheiligen Befriedigung die Korrealpflicht in Betracht gezogen haben, gereichende Regreßsystem ist, auf der Basis des Obli-

Digitized by Google

gationenrechts, anerkannt in den §§ 520. ff. I. 50. der Allg Gerichts-Ordnung, § 9. der Verordnung vom 28. Dezember 1840 und geregelt durch § 56. der Konkurs-Ordnung. Daß aus diesem, im Interesse der Hypothekengläubiger gegebenen Regreßrechte der Besitzer der konjunktim verhafteten Grundstücke eine Ausgleichung für sich nicht herleiten kann, folgt aus der einfachen Thatsache, daß die Bedingungen jenes Regresses in seiner Person fehlen: nämlich die Gläubigerschaft auf dem Grundstücke und die Verwendung der Kaufgelder zum Vortheile eines vorstehenden Korrealgläubigers. Es kann daher nach der Theorie des Rechts und nach den Worten der angezogenen Gesetzesvorschriften von einem Entschädigungs- und Regreßanspruche des Besitzers der verhafteten Grundstücke, den Hypothekengläubigern gegenüber, nicht die Rede sein. In Ansehung seiner sind die Pfandobjekte, im Umfange ihrer Haftbarkeit, zur Befriedigung der Realgläubiger verwendet worden, mag die Korrealschuld aus dem einen oder andern verhafteten Grundstücke ganz oder tributarisch bezahlt sein. Nur das Interesse der Hypothekengläubiger kann einen Regreß begründen. Die Berufung der Nichtigkeitsbeschwerde auf § 56. der Konkurs-Ordnung, zur Begründung eines Regreßrechtes für den Besitzer der subhastirten Grundstücke, ist daher ganz verfehlt. Der § 56. a. a. O. findet nach dieser Richtung hin keine Anwendung. Das den Besitzern mehrerer korrealiter verhafteten Grundstücke, nicht den Hypothekengläubigern gegenüber, sondern unter sich, wegen des über die Haftpflicht hinaus Gezahlten, zustehende, auf die §§ 443. ff. I. 5. des Allgem. Landrechts zurückzuführende Ausgleichungsrecht setzt dagegen eine — im vorliegenden Falle fehlende — Mehrheit von Rechtssubjekten voraus, gegen welche der Rückgriff realisirt werden könnte. Allein auch dieses Regreßrecht stützt sich nicht auf die Vorschrift des § 56. der Konkurs-Ordnung.

Digitized by Google

Wenn der Appellations-Richter das Recht der Konkursmasse, aus der Person des Gemeinschuldners den über das tributarische Verhältniß aus der Subhastionsmasse des Grundstückes Gruezno No. 129. gezahlten Betrag der Korrealschuld bei dem Grundstücke Koszelec No. 1. zu liquidiren, ferner verneint, weil der Besitzer über die Korrealschuld nach § 52. des Anhanges zum Allgem. Landrechte keine Disposition erworben habe, indem der Gläubiger nicht durch die Bezahlung Seitens des Besitzers, sondern durch Zahlung der Subhastationsmasse befriedigt worden sei, hierdurch aber die Forderung mit dem accessorischen Hypothekenrechte, bis zur Unmöglichkeit eines Ueberganges auf den Besitzer, getilgt sei, — so ist diese rechtliche Argumentation an sich ganz richtig. Beim Mangel eines Regresses gegen die Hypothekengläubiger, konnte ein Recht des Besitzers auf die Korreal-Hypothekenforderung nur durch Singularsuccession vermittelt werden. Es ist eine irrthümliche Auffassung der Nichtigkeitsbeschwerde, wenn sie die rechtlichen Folgen aus § 52. des Anhanges zum Allgem. Landrechte und aus § 56. der Konkurs-Ordnung in Rechtsbeziehung setzt; beide Vorschriften regeln ganz verschiedenartige materielle Rechtsverhältnisse. Ein Rechtsanspruch unter dem Schutze des § 52. des Anhanges zum Allgem. Landrechte, konnte aber nur durch eine Zahlung des Besitzers, nicht durch eine — Forderung und Hypothekenrecht vollständig aufhebende — Befriedigung des Gläubigers aus der Subhastationsmasse herbeigeführt werden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich daher in allen ihren Angriffen als unbegründet und mußte zurückgewiesen werden.

Digitized by Google

No. 50. – IV. Senat. Sitzung v. 18. Okt. 1870.

Berlinische Renten- und Kapital-Versicherungsbank ./. Schmidt und Häuseler'sche Konkursmasse. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Nichterforderniß der Genehmigung oder Ermächtigung des Verwaltungsrathes oder des Kommissars des Konkurses zur einwandsweisen Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter.

Der Konkursverwalter, welcher im Wege der Einrede Rechtshandlungen des Gemeinschuldners anficht, bedarf hierzu nicht der Ermächtigung oder Genehmigung des Verwaltungsrathes oder des Kommissars des Konkurses.

A. L. R. II. 18. §§ 501-504.; Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §§ 101. 110. 222. No. 3.

Der Kaufmann Jausel, Verwalter der Schmidt und Häuseler'schen Konkursmasse, hatte als Verklagter einwandsweise den zwischen den Gemeinschuldnern und der Klägerin abgeschlossenen Verpfändungsvertrag angefochten. Der zweite Richter hatte diese Anfechtung, weil die Genehmigung des Konkurskommissars nicht beigebracht war, als nicht zuläßig verworfen.

Auf die von der Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Civilsenats des Kammergerichts zu Berlin vom 28. Februar 1870 zu vernichten, die Sache selbst aber auf die Appellation der Verklagten zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückzuweisen.

Gründe:

Gegen den vorliegenden Klageanspruch ist von der Verklagten in zweiter Instanz unter Anderm neu eingewendet:

Digitized by Google

Am 28. Juli 1866 hätten die Gemeinschuldner ihre Zahlungen eingestellt; die Pfandbestellung für Forderungen aus den Jahren 1864 und 1865 habe aber erst am 9. August 1866 stattgefunden; dieselbe unterliege also der Anfechtung, welche hiermit geltend gemacht werden solle.

Von der Klägerin ist hierauf entgegnet:

Diese Anfechtung sei unsubstanziirt und unzulässig; Verklagte hätten nicht behauptet, daß der 28. Juli 1866 vom Konkursgerichte als der Tag der Zahlungseinstellung bezeichnet sei; die Anfechtung komme nicht dem Konkursverwalter, sondern nur der Gläubigerschaft zu; es sei aber auch die Pfandbestellung sogleich bei Entstehung der Verbindlichkeit der Gemeinschuldner ausbedungen.

Der Appellations-Richter, von welchem auch unter Verwerfung der von der Verklagten in zweiter Instanz neu vorgebrachten Einwendungen das kondemnatorische erste Erkenntniß bestätigt worden, hat in Bezug auf die Verwerfung des vorstehend gedachten Einwandes erwogen:

„Verklagte sucht den Verpfändungsvertrag als anfechtbar in Gemäßheit des § 101. der Konkurs-Ordnung hinzustellen, weil dieser am 9. August 1866 abgeschlossen, die Zahlungseinstellung der Gemeinschuldner aber am 28. Juli 1866 erfolgt sei. Angenommen, daß Verklagte den vom Konkursgerichte festgestellten Tag der Zahlungseinstellung meint, auf welchen es allerdings ankommen würde, ist der Einwand schon formell nicht zu berücksichtigen, weil der Konkursverwalter zur Anfechtung von Rechtshandlungen der Gemeinschuldner gemäß § 222. No. 3. a. a. O. der Genehmigung oder Ermächtigung des Verwaltungsraths oder Konkurskommissars bedarf, deren Vorhandensein weder behauptet, noch nachgewiesen ist. Deshalb kann auch die zur Entkräftung des Einwandes unter Berufung auf die Pfandurkunde und das Zeugniß der Gemeinschuldner von der Klägerin aufgestellte Behauptung auf sich beruhen,

Digitized by Google

daß die Pfandbestellung sogleich mit der Entstehung der Verbindlichkeit der Gemeinschuldner gegen die Klägerin ausbedungen sei. Der Verpfändungsvertrag war daher gegen diesen Angriff der Ungültigkeit aufrecht zu erhalten."
Von der Verklagten wird in ihrer gegen das Appellations-Erkenntniß erhobenen Richtigkeitsbeschwerde dem Appellations-Richter der Vorwurf gemacht, durch diese Erwägung den § 222. No. 3. und den § 101. No. 1. der Konkurs-Ordnung verletzt zu haben, weil die formelle Bemängelung des Einwandes nicht begründet sei. Denn der Verwalter habe lediglich im Wege der Einrede die Rechtsgültigkeit des fraglichen Verpfändungsvertrages auf Grund des § 101. No. 1. a. a. O. bestritten und darauf den Antrag auf Abweisung der Klägerin gegründet. Auf eine solche Einrede passe der § 222. No. 3. a. a. O. nicht, der den Fall im Auge habe, in welchem der Verwalter agendo zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners schreiten wolle. Zur Begründung des prozessualischen Einwandes, daß die Rechtshandlung, auf welche gegnerischerseits ein Klageanspruch gestützt werde, nicht rechtsgültig sei, bedürfe es der Genehmigung des Verwaltungsraths oder des Konkurskommissars nicht, weil die Exception nicht die Aufhebung einer solchen Rechtshandlung zum Gegenstande habe und erziele, sondern nur auf Beseitigung des klägerischerseits erhobenen Anspruches gerichtet sei.

Dieser Vorwurf hat nur für begründet erachtet, und der desfallsigen Ausführung der Verklagten im Wesentlichen nur beigepflichtet werden können. Für die Richtigkeit der letzteren spricht ganz besonders die Analogie der §§ 501—504. II. 18. des Allgem. Landrechts, wonach ein Vormund nur, wenn er als Kläger, Widerkläger oder Intervenient Prozesse anstellen will, dazu der ausdrücklichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, nicht aber, wenn er sich als Verklagter oder Intervent auf einen Prozeß einzulassen hat.

Digitized by Google

Es fehlt auch an einem ausreichenden Grunde, in der fraglichen Beziehung den definitiven Konkursverwalter anders als einen Vormund zu behandeln, und kann hiergegen namentlich aus der Wortfassung des § 222. No. 3. a. a. O. kein Bedenken entnommen werden. Derselbe lautet allerdings dahin:

> Der definitive Verwalter bedarf der Genehmigung oder Ermächtigung des Verwaltungsraths, oder, wenn ein solcher nicht bestellt worden ist, der Genehmigung oder Ermächtigung des Kommissars
>
> 3. zur Anstellung von Klagen, zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, zur Aufhebung von Rechtsgeschäften desselben und zum Eintritte in solche Rechtsgeschäfte.

Und diese Fassung scheint auf den ersten Anblick, zumal in Verbindung mit dem dahin lautenden § 110. der Konkurs-Ordnung:

> das Recht der Anfechtung kann nicht nur im Wege der Klage, sondern auch im Wege der Einwendung ausgeübt werden,

der Ansicht des Appellations-Richters zur Seite zu stehen. Denn wenn der Verwalter überhaupt schon zur Anstellung von Klagen der in dem § 222. a. a. O. gedachten Genehmigung oder Ermächtigung bedarf, so würde es als etwas Ueberflüssiges erscheinen müssen, daß zugleich angeordnet worden, daß der Verwalter auch zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners jener Genehmigung oder Ermächtigung bedürfe, wenn dies nur auf den Fall beschränkt sein sollte, daß von dem Verwalter die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners im Wege der Klage angefochten werden.

Es kommt indessen in Betracht, daß die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, ebenso wie die Aufhebung von Rechtsgeschäften desselben und der Eintritt in

Digitized by Google

solche Rechtsgeschäfte, gleich den übrigen in No. 1. und 2. des § 222. a. a. O. erwähnten Handlungen des Verwalters, auch außergerichtlich vorkommen können, und daß schon dadurch es seine genugsame Erklärung findet, daß in der No. 3. des § 222. a. a. O. die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners neben der Anstellung von Klagen aufgeführt worden. Namentlich ergiebt sich aus den Regierungsmotiven S. 117. zu dem mehrallegirten Paragraphen, daß die Bestimmungen des letzteren auf der Voraussetzung beruhen, daß der Verwalter in den dort gedachten Fällen aktiv handelnd vorgeht, und daß die Wichtigkeit dieser Angelegenheiten es erheischt, daß seine desfallsigen Handlungen nicht seiner alleinigen Entschließung überlassen bleiben. Anders verhält es sich aber, wenn der Verwalter gehalten ist, sich auf einen Prozeß passiv, als Verklagter, einzulassen, alsdann erfordert es ohne Weiteres seine Pflicht, alle Vertheidigungsmittel anzuwenden, um den erhobenen Anspruch zurückzuweisen. In diesen Mitteln kann er, wenn er überhaupt zur Einlassung auf die Klage keiner besonderen Genehmigung oder Ermächtigung bedarf, in keiner Weise beschränkt sein, und daraus folgt, daß, wenn er glaubt, die Zurückweisung des Anspruchs dadurch erreichen zu können, daß von ihm das Rechtsgeschäft selbst, aus welchem der Anspruch erhoben worden, angefochten wird, es von selbst seine Pflicht mit sich bringt, diese Anfechtung im Wege der Einrede geltend zu machen, ohne dazu der Genehmigung oder Ermächtigung des Verwaltungsraths oder des Konkurskommissars zu bedürfen. Der § 110. der Konkurs-Ordnung hat, nach Ausweis der Regierungsmotive S. 87., auch den Zweck, es, was früher bezweifelt worden, formell für zulässig zu erklären, daß auch im Wege der Einrede das Recht der Anfechtung vom Konkursverwalter ausgeübt werden kann. Daraus läßt sich jedoch überall nicht herleiten, daß, wenn solches geschieht,

Digitized by Google

der Konkursverwalter dazu der in dem § 222. a. a. O. vorgeschriebenen Genehmigung oder Ermächtigung bedarf.

Hiernach hat sich der Appellations-Richter der gerügten Verletzung des § 222. No. 3. und des § 101. No. 1. der Konkurs-Ordnung dadurch schuldig gemacht, daß von ihm der in Rede stehende Einwand der Verklagten, vermittelst dessen von ihr der fragliche Verpfändungsvertrag angefochten ist, aus dem formellen Grunde verworfen worden, weil der Konkursverwalter für diese Anfechtung das Vorhandensein der in dem § 222. a. a. O. gedachten Genehmigung oder Ermächtigung weder behauptet, noch nachgewiesen hat. In Folge dessen hat das Appellations-Erkenntniß der Vernichtung unterliegen müssen.

In der Sache selbst ergiebt sich aber aus vorstehender Auseinandersetzung, daß der Appellations-Richter aus dem von ihm angeführten Grunde mit Unrecht die nähere Erörterung und materielle Entscheidung über den mehrerwähnten Einwand der Verklagten und das dagegen von der Klägerin Vorgebrachte abgelehnt hat. Zu dieser Erörterung, sowie zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung ist daher, wie geschehen, die Sache auf die Appellation der Verklagten in die zweite Instanz zurückzuweisen gewesen.

No. 51. — IV. Senat. Sitzung v. 20. Okt. 1870.

Sperling ·|· Wolff. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Graudenz.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Anspruch auf Erstattung der Erhaltungskosten eines völlig unbrauchbaren Nutzthieres im Falle der Redhibition; Sequestration des Nutzthieres.

a. Ist ein Nutzthier völlig unbrauchbar, und muß

Digitized by Google

der Verkäufer dasselbe zurücknehmen, so hat der Käufer keinen Anspruch auf Erstattung der zur Erhaltung des Thieres aufgewendeten Kosten.

b. Der Käufer, welcher sich wegen seiner möglichen Restitutionsverpflichtung sichern will, hat das verkaufte völlig unbrauchbare Nutzthier zur gerichtlichen Deposition respektive Sequestration zu offeriren und zu bringen.

A. L. R. I. **5**. §§ 327. 337., **7**. §§ 204. ff., **14**. §§ 107. 108., **16**. §§ 213. ff.; vergl. Gesetz vom 5. Juni 1863 Art. 8. (Gesetz-Sammlung S. 447.)

Der Kläger klagte redhibitorisch gegen den Verklagten wegen Zurücknahme eines verkauften, jedoch mit dem Dummkoller behafteten und deshalb gänzlich unbrauchbaren Pferdes.

In beiden Instanzen waren, was hier allein interessirt, dem Kläger auch Fütterungskosten während seiner Besitzzeit mit 54 Rthlrn. 20 Sgr. zugesprochen. Wegen dieses Betrages ergriff der Verklagte die Nichtigkeitsbeschwerde, und hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Marienwerder vom 29. Januar 1870, soweit es die im Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Graudenz vom 24. September 1869 ausgesprochene Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung von 54 Rthlrn. 20 Sgr. Fütterungskosten nebst Zinsen bestätigt, zu vernichten, in der Sache selbst aber gedachtes Erkenntniß erster Instanz auf Appellation des Verklagten dahin abzuändern: daß Kläger mit dem erhobenen Erstattungsanspruche völlig abzuweisen.

Gründe:

Läßt sich auch der dem Appellations-Richter vorgeworfene prozessualische Verstoß nach § 5. No. 9. der Verordnung

Digitized by Google

vom 14. Dezember 1833 nicht für begründet erachten, weil der Appellations-Richter ausweise seines Urtheils auch für die von der Richtigkeitsbeschwerde angefochtene Entscheidung wegen der Wartungs- und Fütterungskosten des in Rede stehenden Pferdes in der That Gründe — wenn auch anfechtbare — gegeben hat, so muß doch anderseits der Vorwurf des Imploranten: daß der Appellations-Richter mit seiner diesfälligen, die Verbindlichkeit des Verklagten zur Erstattung dieser Kosten aussprechenden Entscheidung die Vorschriften der §§ 204. ff. 212. 216. 218. I. 7., der §§ 327. 337. I. 5. des Allgem. Landrechts verletze, — für begründet erachtet werden.

Dieser Vorwurf kann auch nicht durch die allgemeine Hinweisung des Imploraten: daß die Richtigkeitsbeschwerde des Imploranten in dieser Beziehung auf ein unzulässiges Novum gegründet sei, sofern derselbe in den Vorinstanzen nur die Höhe und Angemessenheit jener Kosten, nicht seine Ersatzverbindlichkeit bemängelt habe, — beseitigt werden, weil auch letztere nach Lage der Akten für bestritten erachtet werden muß, da der Verklagte sowohl in erster als in zweiter Instanz — vergl. Klagebeantwortung und Appellationsrechtfertigung — prinzipaliter die Abweisung des Klägers mit allen seinen Ansprüchen beantragt hat, die gesetzliche und faktische Rechtfertigung des in Rede stehenden Erstattungsanspruches zur Begründung der Klage gehörte, deren Zulässigkeit der Richter von vornherein zu prüfen hatte, und auch der Appellations-Richter unter diesen Umständen ebenso berechtigt als verpflichtet war, ohne weitere Hinweisung des Verklagten auf die hierbei zu berücksichtigenden gesetzlichen Bestimmungen zu prüfen und dijudiziren: ob und inwiefern die beanspruchte Erstattung der streitigen Warte- und Fütterungskosten nach Maaßgabe der dafür geltend gemachten thatsächlichen Grundlagen gesetzlich gerechtfertigt sei?

Dies vorausgeschickt, erscheint aber der Vorwurf des

Digitized by Google

Imploranten über Verletzung dieser Bestimmungen gerechtfertigt.

Denn der Appellations-Richter erachtet nach seiner ausdrücklichen Bezugnahme auf Inhalt und Sachdarstellung des ersten Erkenntnisses den Anspruch des Klägers auf Erstattung der liquidirten Kosten lediglich durch die vom Kläger dafür auch nur allein geltend gemachten und für feststehend erachteten Thatsachen für begründet: daß das am Dummkoller erkrankte und krepirte Pferd seit dem 1. Juli 1868 wegen seiner Krankheit nicht zu benutzen gewesen sei, und er den Verklagten hiervon mittelst Schreibens vom 16. Juli 1868 behufs gütlicher Rücknahme des Pferdes — jedoch vergeblich — in Kenntniß gesetzt habe.

Hierbei hält er seinerseits die Erstattungsverbindlichkeit des Verklagten in Betreff der liquidirten Kosten auch in der geltend gemachten Höhe derselben für um so zweifelloser, als Kläger — wäre das Pferd nicht krepirt — in Folge seiner redhibitorischen Klage verpflichtet gewesen sein würde, es in dem Stande zurückzugeben, in welchem er es empfangen, und daher darauf habe bedacht sein müssen: daß sich der Zustand des Pferdes nicht verschlimmere (Allg. Landrecht I. 5. § 327.).

Allein keine dieser, dem Erstattungsanspruche zu Grunde gelegten Thatsachen war gesetzlich zur Rechtfertigung der von den Vorderrichtern ausgesprochenen Erstattungsverbindlichkeit des Verklagten ausreichend.

Denn aus dem Verzuge des Verkäufers hinsichts der Rücknahme eines verkauften fehlerhaften Pferdes ist — der Vorschriften der §§ 15. ff. I. 16. a. a. O. ungeachtet — für sich allein ein Recht des Käufers auf Erstattung der Pflege- und Fütterungskosten nicht abzuleiten, — vergl. Striethorst's Archiv Bd. 21. S. 109. ff., desgl. Bd. 26. S. 126., Bd. 35. S. 69., Bd. 48. S. 169.*

* Vergl. ferner Bd. 56. S. 36., Bd. 72. S. 3. dieses Archivs.

Digitized by Google

Wenn aber auch ferner von der Regel: daß die auf Erhaltung eines Nutzthieres verwendeten Kosten und Auslagen seines Besitzers durch die davon gezogenen oder zu ziehen gewesenen Nutzungen zu kompensiren sind, — §§ 204. ff., vergl. §§ 216. 218. I. 7. des Allgem. Landrechts, im vorliegenden Falle nach der Feststellung der Vorderrichter, wonach das in Rede stehende Pferd seit dem 1. Juli 1868 völlig unbrauchbar war, nicht die Rede sein konnte, — so war doch anderseits mit dieser Unbrauchbarkeit der Erstattungsanspruch des Klägers gesetzlich nur insoweit für gerechtfertigt zu erachten, als durch ihre Verwendung der Vortheil des Eigenthümers befördert wurde, selbst wenn dieselben an sich zur Erhaltung des Thiers in dem überkommenen Zustande nothwendig gewesen sein sollten, — § 212. ebendaselbst.

Die Redlichkeit des Besitzes auf Seiten des Klägers und seine kontraktliche, aus § 327. I. 5. a. a. O. herzuleitende Restitutionspflicht machen hierin keinen Unterschied, — § 337. I. 5., vergl. §§ 204. I. 7.; ebensowenig konnte aber anderseits von einem dem Verklagten durch Aufwendung der liquidirten Kosten beschafften Vortheile im Sinne von § 212. a. a. O. die Rede sein, wenn Kläger dieselben auf Erhaltung eines nach seiner eigenen Angabe und der Feststellung des Appellations-Richters seit dem 1. Juli 1868 völlig unbrauchbar gewordenen Nutzthiers des Klägers verwendete, da die Ernährung und Erhaltung zum Nutzen bestimmter Thiere nur zum Zwecke der Erlangung dieses Nutzens erfolgt, mithin die Anrechnungsfähigkeit hierzu verwendeter Kosten, dem Eigenthümer gegenüber, wesentlich von der Förderung und Erreichung dieses Zwecks bedingt ist, — vergl. Entscheidungen Bd. 19. S. 76. ff., Striethorst's Archiv Bd. 21. S. 109. ff.

Dem Kläger, der sich wegen seiner möglichen Restitutionsverpflichtung aus § 327. I. 5. a. a. O.

Digitized by Google

sichern wollte, blieb unter diesen Umständen nur übrig: das kranke Pferd zur gerichtlichen Deposition resp. Sequestration nach den Grundsätzen von der Deposition — §§ 213. ff. I. 16. des Allg. Landrechts — in Verbindung mit den hierauf zurückweisenden Vorschriften, — §§ 107. 108. I. 14. ebendaselbst, zu offeriren und zu bringen, und sich damit jeder weiteren persönlichen Fürsorge zu entziehen, hiermit aber gleichzeitig dem Verklagten, der die Annahme verweigerte, die rechtliche Möglichkeit zu gewähren, über den Sequestrationsantrag des Klägers im geordneten Rechtswege gehört zu werden, und damit Gelegenheit zu erhalten, behufs Abwendung des ihm aus längerer Aufbewahrung und Verwendung von Unterhaltskosten erwachsenden Schadens den Verkauf des Pferdes zu beantragen resp. dasselbe zur eigenen Pflege zu übernehmen und damit den Folgen einer ihm zu imputirenden mora accipiendi in wirksamster Weise vorzubeugen.

Nach dieser durch die Rechtsprechung des Ober-Tribunals gerechtfertigten Ausführung, für welche auch noch die Entscheidungen: Striethorst's Archiv Bd. 48. S. 169., Bd. 56. S. 36. angeführt werden können, hat sich daher der Appellations-Richter mit seiner die Verbindlichkeit des Verklagten zur Erstattung der liquidirten Stallungs-, Warte- und Fütterungskosten bestätigenden Entscheidung in der That der ihm imputirten Verletzung der obgedachten resp. von dem Imploranten als verletzt bezeichneten Grundsätze und Bestimmungen des 5. und 7. Titels im I. Theile schuldig gemacht. Seine Entscheidung, soweit sie angefochten, war daher zu vernichten, in der Sache aber unter Abänderung des ersten Urtheils auf Abweisung des Klägers mit dem geltend gemachten Erstattungsanspruche wegen mangelnder Substanziirung desselben zu erkennen.

Digitized by Google

No. 52. — III. Senat. Sitzung v. 21. Okt. 1870.

Jany ·|· Klein. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Insterburg.

Rechtshandlungen im Sinne des § 103. No. 1. der Konkurs-Ordnung und des § 7. No. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1855; Beweis der Vermögensunzulänglichkeit eines Grundstücksbesitzers.

a. Der § 103. No. 1. der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und der § 7. No. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 ist nicht auf einzelne Klassen von Rechtsgeschäften, namentlich nicht auf Veräußerungen einzuschränken, sondern umfaßt alle von einem insolventen Schuldner vorgenommenen Rechtshandlungen ohne Unterschied.

Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 § 103. No. 1.; Gesetz vom 9. Mai 1855 § 7. No. 1. (Gesetz-Sammlung S. 429.); A. L. R. I. **20**. §§ 442. 477.

b. Der § 4. No. 3. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 findet auch auf solche Grundstücksbesitzer Anwendung, gegen welche die Mobiliar-Exekution fruchtlos vollstreckt, oder deren Vermögensunzulänglichkeit nach den Vorschriften des § 3. des Gesetzes als nachgewiesen angenommen werden darf.

Gesetz vom 9. Mai 1855 §§ 3. 4. No. 3.

Die Kläger, Hypothekengläubiger des Gutsbesitzer Klein, fochten den von diesem mit dem Gutspächter Wittig abgeschlossenen Pachtvertrag über das verpfändete Gut an.

In beiden Instanzen verurtheilt, ergriff der Gutsbesitzer Klein die Nichtigkeitsbeschwerde.

Das Ober-Tribunal hat dahin erkannt: daß die gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Insterburg vom

Digitized by Google

28. Februar 1870 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zwar für **begründet** zu erachten, in der Sache selbst aber das angefochtene Erkenntniß aufrecht zu erhalten.

Gründe:

Was den ersten Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde betrifft, so hat das Ober-Tribunal allerdings für den Fall der Anfechtung von Veräußerungsverträgen insolventer Schuldner auf Grund des Gesetzes vom 9. Mai 1855 den Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß die Anfechtungsklage sich nur gegen den Besitzer der veräußerten Sache richten könne, so daß, wenn der Erwerber schon vor Anstellung der Klage oder dem im § 6. des Gesetzes angegebenen Zeitpunkte die Sache weiter veräußert hat, die Klage gegen ihn als gegenstandslos nicht zulässig sei, — diesen Grundsatz auch in wiederholten abgedruckten Entscheidungen festgehalten (vergl. **Striethorst**, Archiv Bd. 53. S. 307., Bd. 62. S. 358., Bd. 65. S. 274., Bd. 74. S. 110.). Allein auf das vorliegende Pachtverhältniß findet dieser Grundsatz in keinem Falle Anwendung, weil inhaltlich des vorgelegten und klägerischerseits rekognoscirten Pachtvertrages vom 12. April 1869 Wittig nicht Cessionar des Pachtrechts, sondern Afterpächter des Imploranten, und Verpächter diesem Vertrage nicht beigetreten ist. Wittig leitet sonach sein Pachtrecht lediglich von demjenigen des Imploranten ab; sein Recht besteht mit dem des letzteren und hört nach § 321. I. 21. a. a. O. mit demselben auf, so daß der Angriff der Kläger mit Recht gegen den Pachtvertrag des Imploranten gerichtet worden ist. Hieran scheitert der erste Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde. Auch der zweite ist nicht begründet.

Wenn der vom Appellations-Richter angewendete § 7. des Anfechtungsgesetzes unter No. 1. ganz allgemein „alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, sie nur zum

Digitized by Google

Schein vorzunehmen, oder die Gläubiger auf andre Weise zu bevortheilen" ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum der Anfechtung unterwirft, so ergiebt schon die Fassung dieser Vorschrift, daß dieselbe nicht auf einzelne Klassen von Rechtsgeschäften, namentlich auch nicht auf Veräußerungen, einzuschränken ist, sondern alle von einem insolventen Schuldner vorgenommenen Rechtshandlungen ohne Unterschied umfaßt, dafern sie in ihrer Wirkung dem anfechtenden Gläubiger dadurch zum Nachtheil gereichen, daß sie sich der Beitreibung seiner Forderung aus dem Vermögen des Schuldners entgegenstellen.

Das Revisions-Erkenntniß des vierten Senats vom 1. November 1859 (Entscheidungen Bd. 43. S. 463.) hat bereits ausgeführt, daß die erwähnte Vorschrift allgemeiner Art sei, und dieselbe deswegen auf Schuld- und Pfandverschreibungen anwendbar erachtet, rücksichtlich welcher in demselben Erkenntnisse erklärt wird, daß sie keine Veräußerung im Sinne des Anfechtungsgesetzes in sich schließen.

Diese Ausführung erfolgt in dem erwähnten Erkenntnisse allerdings mit Rücksicht auf § 103. No. 1. der Konkurs-Ordnung. Der letztere stimmt aber nicht nur mit § 7. No. 1. des Anfechtungsgesetzes wörtlich überein, sondern der letztere hat auch, wie die Motive des Gesetzes ergeben, die ausdrückliche Bestimmung, den § 103. der Konkurs-Ordnung aufzunehmen. Wenn daher der Appellations-Richter den § 7. No. 1. nicht auf Veräußerungen beschränkt, sondern auch auf eine Verpachtung des Grundstücks des Gemeinschuldners an sich anwendbar erachtet, verletzt er denselben nicht. Nicht begründeter ist der dritte Angriff.

Es ist allerdings richtig und folgt aus der Absicht des Anfechtungsgesetzes und der Natur der Sache, daß wesentliche Voraussetzung des Rechts, eine Rechtshandlung des Schuldners anzufechten, die Benachtheiligung des Gläubigers

Digitized by Google

durch die von dem Schuldner vorgenommene Rechtshandlung ist, und nur dies ist in dem von der Nichtigkeitsbeschwerde angezogenen Erkenntnisse des vierten Senats vom 7. April 1870 in Sachen Koch wider Rath ausgeführt, und unter Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses die Anfechtung einer Hypothekenbestellung deshalb zur Zeit und angebrachtermaaßen abgewiesen worden, weil erst nach erfolgter Subhastation des Pfandgrundstücks sich beurtheilen lasse, ob die Hypothekenbestellung, welche an sich der Exekution in dasselbe nicht hinderlich sei, dem anfechtenden Gläubiger in der Beitreibung seiner Forderung nachtheilig sein werde.

Im vorliegenden Falle hat der Appellations-Richter unangefochten festgestellt, der angefochtene Pachtvertrag gereiche zur Bevortheilung der Hypothekengläubiger, da das Inventar des Guts fortgeschafft, über das Pachtgeld Wechsel ausgestellt worden, welche der Verpächter sofort giriren und dadurch der Beschlagnahme der Hypothekengläubiger entziehen konnte, und da die Hypothekengläubiger nun eine vollständige Sequestration nicht nachsuchen konnten, — alles Nachtheile, welche sich als gegenwärtige und der Beitreibung der den Klägern zuerkannten 300 Rthlr. Zinsen aus dem Pachtgute hinderliche unverkennbar darstellen.

Begründet dagegen ist der letzte Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde.

Voraussetzung der Anfechtung einer Rechtshandlung eines insolventen Schuldners auf Grund des Gesetzes vom 9. Mai 1855, welches der Appellations-Richter angewendet hat, ist nach § 2. desselben die Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners. In welchen Fällen diese anzunehmen ist, wird in den §§ 3. und 4. ausgeführt. Der Appellations-Richter stellt fest, daß Kläger behauptet haben, gegen Klein sei bereits Mobiliar-Exekution fruchtlos vollstreckt worden. Appellant habe dies nicht bestritten; dadurch sei die Vermögens-Unzulänglichkeit nach § 3. des Gesetzes vom 9. Mai 1855

Digitized by Google

nachgewiesen. Hierin liegt eine Verletzung des § 3. durch Anwendung auf einen Fall, für den er nicht bestimmt ist. Denn da Klein unstreitig zur Zeit der Anfechtung Besitzer des Guts Sophienthal und als solcher im gegenwärtigen Prozesse in Anspruch genommen war, so war zur Feststellung seiner Vermögens-Unzulänglichkeit § 4. No. 3. in Anwendung zu bringen, nach welchem, wenn der Schuldner Grundstücke besitzt, der Gläubiger entweder die Revenüen in Beschlag nehmen, sofern nicht klar erhellt, daß seine Befriedigung aus derselben innerhalb Jahresfrist nicht zu erlangen sei, oder den gerichtlichen Verkauf des Grundstücks abwarten muß, insofern nicht der Ausfall der Forderung klar zu übersehen ist. Wie in dem Nichtigkeits-Erkenntnisse des vierten Senats vom 14. November 1861 (Striethorst, Archiv Bd. 43. S. 198.) überzeugend ausgeführt wird, bedeutet diese Vorschrift nach Sinn und Zweck, daß der Gläubiger, bevor die Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners angenommen werden dürfe, in der Regel vorher aus dessen Grundstücken seine Befriedigung nachzusuchen habe, und schließt sich dieselbe an § 24. der Verordnung vom 4. März 1834 an, nach welchem der Gläubiger nicht unter allen Umständen sofort die Grundstücke des Schuldners in Anspruch nehmen darf, vielmehr vorher erst die Beschlagnahme der Revenüen oder die Sequestration ausbringen muß, falls hierdurch seine Befriedigung innerhalb Jahresfrist zu erwarten ist.

Dem entsprechend verordnet § 4. No. 3., daß, falls die Beschlagnahme der Revenüen innerhalb Jahresfrist seine Befriedigung voraussehen läßt, der die Anfechtung beabsichtigende Gläubiger des Grundstücksbesitzers diese beantragen und abwarten, falls es aber an dieser Voraussetzung fehlt, den Verkauf der Grundstücke in Antrag bringen und die Vertheilung der Kaufgelder abwarten muß, falls nicht klar erhellt, daß seine Forderung aus den letztern nicht werde be-

Digitized by Google

richtigt werden können. Daß der § 4. No. 3. auch auf solche Grundstücksbesitzer Anwendung findet, gegen welche die Mobiliar-Exekution fruchtlos vollstreckt, oder deren Vermögens-Unzulänglichkeit nach den Vorschriften des § 3. des Gesetzes als nachgewiesen angenommen werden dürfte,* wenn sie eben keine Grundstücksbesitzer wären, ergiebt sich aus Sinn und Zusammenhang beider Paragraphen, von denen der § 3. als der allgemeinere den Fall im Auge hat, daß die Auspfändung des Schuldners entweder erfolglos gewesen, oder unausführbar ist, während § 4. der speziellere, den Fall, daß die Exekution nicht erfolglos gewesen, voraussetzt und nun nach Verschiedenheit der vorhandenen Exekutionsobjekte bestimmt, was zur Feststellung der Vermögens-Unzulänglichkeit gehört, und damit, wie schon das diesseitige Nichtigkeits-Erkenntniß vom 4. April 1862 (Entscheidungen Bd. 47. S. 366.) ausführt, die Vorschrift des § 3. über die Voraussetzungen, unter denen eine Vermögens-Unzulänglichkeit anzunehmen, für den Fall, daß der Schuldner Grundstücke besitzt, modifizirt. Daß aber der Verpächter, Mitverklagte Klein, als Besitzer des Guts Sophienthal wegen Aufhebung des Pachtvertrages mit den Appellanten in Anspruch genommen worden, hat der Appellations-Richter festgestellt. Er hat mithin, zumal Verklagter eine Einrede aus § 4. No. 3. ausdrücklich hergeleitet hat, durch die Annahme seiner Vermögens-Unzulänglichkeit auf dem gegebenen Wege rechtsgrundsätzlich gefehlt; nach § 4. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 unterliegt daher sein Erkenntniß der Vernichtuug.

Bei der dadurch eröffneten freien Beurtheilung der Sache selbst ist davon auszugehen, daß die Vermögens-Unzulänglichkeit des Klein und beziehungsweise seiner Ehefrau, welche als Mitverpächterin bezeichnet worden, auf dem § 4. No. 3. des Anfechtungsgesetzes vorgezeichneten Wege von den Klä-

* Vergl. den Rechtsfall No. 38. dieses Bandes.

Digitized by Google

gern nirgends nachgewiesen worden ist. Damit fällt die erste Voraussetzung der Anwendung des Anfechtungsgesetzes auf den mit dem Imploranten geschlossenen Pachtvertrag weg, ohne daß es darauf ankommt, ob dessen Anwendbarkeit auch durch die angebliche Weiterübertragung des Pachtrechts des letztern ausgeschlossen wird. Es würde sich also fragen, ob die Klage so, wie sie angestellt worden, auch außerhalb des Bereichs des Anfechtungsgesetzes begründet ist. Auf diese Erwägung weist schon hin, daß Kläger dieselbe auch auf den § 442. I. 20. des Allg. Landrechts gegründet haben, welcher dem Hypothekengläubiger, der bei Schmälerung seiner Sicherheit in Folge erheblicher Verringerung der Substanz des verpfändeten Grundstücks seine Befriedigung vor der Verfallzeit nicht suchen kann oder will, dem Besitzer in seinen nachtheiligen Dispositionen durch richterliche Verfügung Schranken setzen lassen kann. Man kann dem ersten Richter nicht darin beitreten, daß, auch abgesehen von dem Gesetze vom 9. Mai 1855, die Simulation des angefochtenen Pachtvertrages schon aus den vorliegenden Umständen, namentlich daraus vollständig erhellt, daß nach begonnener Pachtzeit der Verpächter Inventarienstücke und Dünger von dem verpachteten Gute verkauft hat, zumal nach dem vom Appellations-Richter vorgelegten Vertrage das Gut ohne Inventarium verpachtet war. Die vorliegenden Umstände ergeben, wie der Appellations-Richter richtig ausgeführt, wohl die Fraudulosität des angefochtenen Vertrages, aber nicht dessen Simulation. Nun ist zwar über letztere, in Verbindung mit der Absicht, die Gläubiger zu bevortheilen, dem Imploranten der Eid zugeschoben und von ihm angenommen worden. Allein abgesehen davon, ob der Eid so, wie er zugeschoben und angenommen worden, den §§ 52. ff. I. 4. des Allgem. Landrechts entsprechend ist, kommt es auf denselben, um das Appellations-Erkenntniß in der Sache selbst aufrecht zu erhalten, nicht einmal an.

Digitized by Google

Kläger haben als Hypothekengläubiger das Recht, dem Besitzer des ihnen verpfändeten Guts Sophienthal in seinen nachtheiligen Dispositionen über das letztere Schranken setzen zu lassen, — § 442. I. 20. des Allg. Landrechts, sie können auch nach § 477. a. a. O. Verträge und andere Handlungen, durch welche der Schuldner über künftige Früchte und Nutzungen im Voraus verfügt, soweit als unkräftig anfechten, als dieselben ihnen zum Nachtheil gereichen würden. Es ist dies ein Ausfluß ihres Hypothekenrechts. Kläger haben ausdrücklich erklärt, daß und wiefern ihnen als Hypothekengläubigern der angefochtene Vertrag zum Nachtheil gereiche, die thatsächlichen Unterlagen einer Klage nach § 477. a. a. O. also beigebracht. Ob trotz der von ihrem Pfandschuldner vorgenommenen augenscheinlichen Deteriorationen, als welche der Verkauf des Inventars und des Düngers angesehen werden müssen, das Gut Sophienthal für ihre Kapitale noch ausreichende Sicherheit bot, kann hier dahingestellt bleiben; jedenfalls trat die Verpachtung desselben an den Imploranten der Beitreibung ihrer Zinsen entgegen, welche ihnen zuerkannt waren, und auf welche sich ihr Pfandrecht nach § 482. a. a. O. mit erstreckte. Sie hinderte zwar nicht die Einleitung der Sequestration an sich, wie die §§ 128. ff. I. 21. der Allgem. Gerichts-Ordnung ergeben, wohl aber die unmittelbare Verwaltung des Guts Seitens des Sequesters, welche ohne die Verpachtung eingetreten sein würde. Daß letzteres nicht geschehen konnte, erscheint als eine Benachtheiligung der Kläger in der Beitreibung der ihnen zuerkannten Zinsen, theils weil diese aus dem durch Wechselausstellung vorweg berichtigten Pachtzinse nur in der Beschränkung, die sich aus § 480. I. 20. a. a. O. ergiebt, und aus den dem Pächter gebührenden Nutzungen des Guts während der Pachtzeit überhaupt nicht beigetrieben werden konnten, theils, weil das konstatirte Verfahren des Verpächters nach begonnener Pacht klar erkennen ließ, daß die Ver-

Digitized by Google

pachtung kein Hinderniß für die vorgenommenen Deteriorationen des Guts war, wie es die Verwaltung eines Sequesters gewesen sein würde, und daß diese Deteriorationen der Beitreibung der zuerkannten Zinsen aus den Revenüen des Guts nothwendig ein Hinderniß oder doch eine Erschwerung werden mußten, bedarf keines besonderen Nachweises. Da der Antrag der Klage dieser Ausübung des Hypothekenrechts der Kläger entspricht, so haben die Vorderrichter mit Recht nach demselben erkannt. Daß inzwischen die Pachtzeit längst abgelaufen ist, macht, wie der Appellations-Richter zutreffend ausführt, die Verurtheilung nach der Klage umsoweniger unzulässig, als ein Einwand aus diesem Umstand nicht geltend gemacht worden ist.

No. 53. — I. Senat. Sitzung v. 21. Okt. 1870.

Weißhuhn ·|· v. Babiensky. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Herford.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Paderborn.

Wirkung der Schicht und Theilung nach der Minden-Ravensbergischen ehelichen Gütergemeinschaft.

Die Schicht und Theilung, welche der in Minden-Ravensberger ehelichen Gütergemeinschaft lebende Ehegatte nach Auflösung der Ehe mit den darin erzeugten Kindern zur Zeit, wann er zur anderweiten Ehe schreiten will, behufs Abschichtung dieser Kinder von dem in der communio prorogata befindlichen Gesammtgut zulegt, hat die Wirkung der Todtheilung, —

die darin besteht, daß in Beziehung auf den schich-

Digitized by Google

tenden parens die Erbrechte aufhören, die Kinder mithin, wenn es sich um die Beerbung desselben handelt, pro mortuis angesehen werden sollen — nur dann, wenn in der zweiten Ehe, welche der schichtende parens eingeht, die eheliche Gütergemeinschaft unter den Eheleuten stattfindet.

Wiegand, Minden-Ravensberger Provinzialrechte, Bd. 1. S. 88. § 74.; A. L. R. II. 2. §§ 368. 369.

Die beiden Kläger hatten mit ihrer Mutter, ehe diese sich in zweiter Ehe mit dem Verklagten verheirathete, geschichtet. Demungeachtet beanspruchten die Kläger nach dem Tode ihrer Mutter ein Miterbrecht mit dem Verklagten, und stützten dies darauf, daß aus der zweiten Ehe Kinder nicht existirten, und der Verklagte mit der Mutter der Kläger in landrechtlicher Dotalehe gelebt hatte. Der Verklagte wendete ein, daß nach den Grundsätzen der Minden-Ravensbergischen ehelichen Gütergemeinschaft, in welcher die Eltern der Kläger gelebt hatten, die Schichtung die Wirkungen der Todtheilung habe und jedes weitere Erbrecht der abgeschichteten Kinder an dem Nachlasse des schichtenden parens ausschließe. Beide Vorderrichter erkannten zu Gunsten der Kläger.

Der Verklagte hat noch die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt. Das Ober-Tribunal hat dieselbe zurückgewiesen.

Gründe:

Es ist unbestritten, daß die Schicht und Theilung, welche der in Minden-Ravensberger ehelichen Gütergemeinschaft lebende Ehegatte nach Auflösung der Ehe mit den darin erzeugten Kindern zur Zeit, wann er zur anderweiten Ehe schreiten will, behufs Abschichtung dieser Kinder von dem in der communio prorogata befindlichen Gesammtgut zulegt, die Wirkung der Todtheilung hat, die darin besteht,

Digitized by Google

daß in Beziehung auf den schichtenden parens die Erbrechte aufhören, die Kinder mithin, wenn es sich um die Beerbung desselben handelt, pro mortuis angesehen werden sollen.

Beide Vorderrichter wollen indessen diese Wirkung nur eintreten lassen, wenn in der zweiten Ehe, welche der schichtende parens eingeht, die eheliche Gütergemeinschaft unter den Eheleuten stattfindet.

Der Appellations-Richter führt für diese Ansicht als hauptsächlichen Grund an, daß nur durch diesen exorbitanten Rechtssatz die Eingehung einer zweiten Ehe, in welcher allgemeine Gütergemeinschaft gelte, habe ermöglicht werden können, weil sonst wegen der Erbrechte der Kinder erster Ehe und deren Betheiligung am Gesammtgut, die alleinige Betheiligung der Ehegatten der zweiten Ehe an diesem und namentlich eine fortgesetzte Gütergemeinschaft bezüglich desselben zwischen dem überlebenden Ehegatten der zweiten Ehe und den darin erzeugten Kindern nicht habe eintreten können. Der Implorant hält diese Ansicht für nicht begründet. Denn, wenn der Satz anerkannt worden, daß durch die Todtheilung die Kinder auch von dem Vermögen des Ueberlebenden abgefunden werden, und damit die Erbrechte, wie auch die Pflichttheilsrechte zwischen diesen aufhören, und diese Wirkungen aus dem in der vorherigen Ehe bestandenen Gütergemeinschaftsverhältniß entspringen, so könne es auf diesen Satz nicht von Einfluß sein, ob der parens superstes eine zweite Ehe mit Gütergemeinschaft oder ohne solche eingehe.

Die zweite Ehe könne keine Rückwirkung auf die rechtlichen Folgen der Schichtung äußern; diese vertrete die Stelle des Erbvertrages, den der Appellations-Richter nach den §§ 368. 369. II. 2. des Allgem. Landrechts bei Abfindung der Kinder Seitens der in Gütergemeinschaft lebenden Eltern erfordere.

Es scheint indessen doch die Ansicht des Appellations-Richters die besser begründete zu sein. Es ist gewiß richtig,

Digitized by Google

daß die Schichtung ihren Grund in der in der vorherigen Ehe bestandenen Gütergemeinschaft hat, denn von dem in selbiger und insbesondere dem in der communio prorogata begriffenen Gesammtgut sollen die Kinder der ersten Ehe abgefunden werden.

Dies könnte indessen immerhin geschehen, ohne daß deshalb die zwischen dem überlebenden und schichtenden parens und den Kindern bestehenden Intestaterbrechte aufgehoben würden. Daß dieses geschieht, hat wirklich seinen Grund darin, daß die zweite Ehe, welche derselbe eingehen will, und die allein den Zwang zur Schichtung herbeiführt, die Aufhebung der Erbrechte nothwendig macht, wenn in ihr dasselbe güterrechtliche Verhältniß eintreten soll, welches in der vorhergegangenen Ehe bestanden hat. Daß eine solche Ehe nach dem Minden-Ravensberger Provinzialrecht vorausgesetzt wird, kann nicht zweifelhaft sein, weil, wie auch der erste Richter richtig bemerkt, das gedachte Recht nur Ehen, in denen ein solches Güterverhältniß besteht, kennt, auch die Bestimmungen, welche dasselbe über diese zweite Ehe enthält, ein solches Verhältniß zur Unterlage haben.

Die Rechte, welche in solcher zweiten Ehe die Ehegatten am Gesammtgut haben, und namentlich die Dispositionsbefugniß des Ehemannes, zumal wenn der parens binubus nicht der Ehemann ist, ingleichen die Rechte, welche in Beziehung auf die in solcher Ehe erzeugten Kinder in Ansehung dieses Guts entstehen und in der fortgesetzten Gütergemeinschaft sich zeigen, setzen voraus, daß dieselben nicht durch irgend welche Rechte dritter Personeu beschränkt sind.

Deshalb muß das Vermögen, welches die diese Ehe eingehenden Personen zusammen bringen, ihrer völlig freien Disposition unterworfen sein. Um diese zu schaffen, müssen die Rechte der Kinder erster Ehe an dem in dieser resp. in der demnächst fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögen, auch sofern an diesem der schichtende parens

Digitized by Google

betheiligt war, beseitigt werden. Dies soll eben durch die Schichtung geschehen; durch sie sollen die erbrechtlichen Beziehungen zwischen den Kindern und dem schichtenden Ehegatten aufgelöst werden.

Die Schichtung mit dieser Wirkung geschieht demnach lediglich in Beziehung auf die zweite Ehe und die in dieser durch die Gütergemeinschaft unter den Ehegatten und den darin erzeugten Kindern geschaffenen rechtlichen Verhältnisse.

Daraus folgt, daß diese Wirkung, also der gedachte Wegfall der Erbrechte, nur eintritt, wenn die in Folge der Schichtung eingegangene Ehe eine gütergemeinschaftliche ist. Dies bestätigt auch die Bestimmung des fraglichen Provinzialrechts, nach welcher, wenn beim Ableben des conjux binubus der zweite Ehegatte verstorben ist, auch aus dieser zweiten Ehe keine Kinder oder deren Leibeserben vorhanden sind, die gesetzlichen Erbrechte der Vorkinder wieder eintreten, — vergl. Wiegand, Minden-Ravensberger Provinzialrechte, Bd. 1. S. 88. § 74.

Daraus, daß die hier in Frage stehenden Bestimmungen des gedachten Provinzialrechts nach Beseitigung der Westphälischen Gesetzgebung nur insofern für wieder eingeführt erachtet werden, als sie mit der durch die Verordnung vom 8. Januar 1816 wiederhergestellten provinziellen ehelichen Gütergemeinschaft in nothwendiger und unzertrennlicher Beziehung stehen, ist dasselbe zu entnehmen, da gerade die Aufhebung der Erbrechte in Beziehung auf den zur zweiten Ehe schreitenden parens die wesentliche Wirkung der Schichtung ausmacht, und sie dadurch mit der zweiten Ehe und der darin geltenden Gütergemeinschaft in die nothwendige Verbindung tritt.

Es sind auch die angesehensten Rechtslehrer durchgängig darin einverstanden, daß bezüglich der Wirkung der Todtheilung immer vorausgesetzt wird, daß in der einzugehenden zweiten Ehe die Gütergemeinschaft bestehen soll.

Digitized by Google

Dasselbe ist von dem Ober-Tribunal in seinen Entscheidungen angenommen; Präjudiz No. 2613., — vergl. Entscheidungen Bd. 30. S. 150.; vergl. Gerber, Deutsches Provinzialrecht § 236. S. 513.; Runde, eheliches Güterrecht § 119.; Witte, Preußisches Intestaterbrecht § 77. S. 265.

Wenn hiernach der Implorant den Satz aufstellt, „daß die bei bestandener Minden-Ravensberger Gütergemeinschaft durch Schichtung abgeschichteten Kinder derartig abgefunden seien, daß sie auch dann nicht als erbberechtigt anzusehen, wenn der schichtende parens demnächst eine Ehe ohne Gütergemeinschaft eingehe“, und behauptet, daß der Appellations-Richter durch seine Entscheidung diesen Rechtsgrundsatz verletzt habe, so darf nach dem zuvor Ausgeführten dieser Vorwurf als ein begründeter nicht anerkannt werden.

Behält aber das Vorkind seinem leiblichen parens gegenüber sein Erbrecht, sofern dieser nicht zu einer zweiten Ehe, in welcher Gütergemeinschaft gilt, schreitet, so erscheint auch die Annahme, daß dieses Kind auf die gesetzliche Erbfolge sich berufen könne, nicht ungerechtfertigt, und ist also der vom Imploranten behauptete Verstoß gegen die §§ 300. bis 302. II. 2. und die §§ 621. 623. II. 1. des Allgem. Landrechts nicht anzunehmen.

Implorant hat schließlich noch eine Verletzung des § 369. II. 2. des Allg. Landrechts gerügt. Der Appellations-Richter hatte nämlich angeführt:

> nach dem Allgem. Landrecht stehe zwar auch den Eltern frei, ihre Kinder schon bei Lebzeiten wegen des künftigen Nachlasses abzufinden, dazu sei jedoch ein förmlicher Erbvertrag erforderlich nach § 369. a. a. O., ein solcher liege aber nicht vor,

wogegen der Implorant behauptet,

> die Schichtung vertrete die Stelle des Erbvertrages, welcher nach den Bestimmungen des Allg. Landrechts §§ 368.

Digitized by Google

369. II. 2. bei Abfindung der Kinder Seitens der in Gütergemeinschaft lebenden Eltern erforderlich sei, und der Appellations-Richter habe daher, indem er im vorliegenden Falle noch einen förmlichen Erbvertrag für nothwendig erachtet, den § 369. irrig angewendet.

Die erhobene Rüge ist jedoch verfehlt. Der Appellations-Richter giebt zu, daß die Schichtung, welche die Wittwe Weißhuhn mit ihren Kindern zugelegt, die zwischen ihnen bestehenden Erbrechte aufgehoben haben würde, wenn in der zweiten Ehe derselben mit dem Verklagten Gütergemeinschaft gegolten habe, und dies ist, wie zuvor gezeigt ist, nicht unrichtig.

Daß, wenn dieser Fall vorliege, es dann auch noch eines förmlichen Erbvertrages bedurft, um die Aufhebung der Erbrechte herbeizuführen, das hat der Appellations-Richter nicht behauptet.

Wenn er sagt, daß nach den Bestimmungen des Allgem. Landrechts Eltern bei ihren Lebzeiten ihre Kinder von ihrem künftigen Nachlaß abfinden könnten, wenn ein förmlicher Erbvertrag geschlossen werde, was in casu aber nicht geschehen sei, so ist dieses an sich richtig. Für den vorliegenden Fall ist aber die ganze Bemerkung eine nebensächliche und einflußlose, da der Fall des § 368. resp. 369. a. a. O. nicht vorliegt, auch nicht vorliegen konnte, da er voraussetzt, daß beide Eltern leben, und beide das Kind abfinden wollen. Daß der Appellations-Richter den § 369. a. a. O. zur Anwendung tauglich erachtet habe, ist nach dessen Ausführung auch nicht anzunehmen. Darnach erscheinen die Rügen des Imploranten überall nicht begründet.

Digitized by Google

No. 54. — IV. Senat. Sitzung v. 3. Nov. 1870.

Mewes ·/· Kretschmer. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Ersatzpflicht des unredlichen Besitzers.

Für die Ersatzpflicht des unredlichen Besitzers bedarf es überall nicht des Nachweises eines vertretbaren Versehens.

A. L. R. I. 7. § 244.

Die Klägerin, welche in einem Vorprozesse die Anerkennung des Eigenthums an den von ihr im Restaurateur Kretschmer'schen Konkurse vindizirten Sachen und die Herausgabe dieser Sachen rechtskräftig gegen die verklagte Kretschmer'sche Konkursmasse erstritten hat, fordert vorliegend von der Letzteren die Erstattung derjenigen Kosten, welche durch die Aufbewahrung jener Sachen in der stadtgerichtlichen Pfandkammer im Betrage von 119 Rthlrn. 13 Sgr. 9 Pf. entstanden sind.

Diese Aufbewahrung der Sachen in der Pfandkammer ist durch den von der Klägerin in dem Vorprozesse auf dieselben (zur Verhütung ihres Verkaufes zum Besten der Konkursmasse) ausgebrachten Arrest veranlaßt worden.

In jenem Vorprozesse ist zwar der Arrest für justifizirt erklärt, dagegen sind von den Kosten beider Instanzen, unter Kompensation der außergerichtlichen, die gerichtlichen jedem Theile zur Hälfte auferlegt.

Der erste Richter hat die Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilt.

Vom Appellations-Richter ist jedoch die Klägerin abgewiesen.

Digitized by Google

Auf die von der Klägerin ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil **vernichtet** und das erste Erkenntniß wiederhergestellt.

Gründe:

Der Appellations-Richter hat zunächst auseinandergesetzt, daß die in Rede stehenden Aufbewahrungskosten nicht zu den gerichtlichen Kosten des Vorprozesses im Sinne des § 25. No. 1—3. I. 23. der Allgem. Gerichts-Ordnung zu rechnen seien, und daß aus diesem Grunde die Klägerin den Ersatz derselben von der Verklagten nicht beanspruchen könne.

Auf diese ganze Auseinandersetzung kommt es indessen, da jene Aufbewahrungskosten überhaupt nicht zu den Kosten des Vorprozesses, weder zu den gerichtlichen, noch zu den außergerichtlichen, gehören, nicht näher an, und haben daher auch die von der Klägerin gegen jene Auseinandersetzung erhobenen Angriffe unerörtert und ungeprüft auf sich beruhen bleiben können.

Von dem Appellations-Richter ist sodann erörtert, daß die fraglichen Aufbewahrungskosten höchstens als ein Schaden gelten könnten, welcher die Klägerin bei Gelegenheit des Vorprozesses getroffen.

„Ein derartiger Schaden — so heißt es wörtlich weiter in den Gründen des Appellations-Erkenntnisses — welcher nicht die vindizirte Sache selbst betroffen hat, sondern nur nebenher entstanden ist, gehört aber nicht ohne Weiteres zu der omnis causa, welche nach der Ausführung des ersten Richters der im Vorprozesse Verurtheilte unter allen Umständen zu restituiren hat; er kann ebensowenig zu den Früchten und Nutzungen des § 223. I. 7. des Allg. Landrechts gerechnet werden, wie zu den zur Auslieferung oder Uebergabe der Sache erforderlichen Kosten des § 243. a. a. O. Es bedarf vielmehr immer noch einer Feststellung, ob dem in Anspruch Genommenen ir-

Digitized by Google

gend ein vertretbares Versehen zur Last fällt, welches eine Ersatzpflicht auf seiner Seite begründet.

Klägerin hat aber ein solches nicht dargethan, und es ist auch nach den Umständen des vorliegenden Falles nicht anzunehmen."

Letzteres ist hierauf von dem Appellations-Richter noch besonders dargelegt.

Wegen der vorstehend aufgeführten Entscheidungsgründe wird von der Klägerin in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellations-Richter eine Verletzung der §§ 222. 223. 243. 244..I. 7. des Allg. Landrechts zur Last gelegt, indem von ihr ausgeführt ist:

In dem Vorprozesse seien die fraglichen Sachen rechtskräftig als ihr Eigenthum anerkannt, und die Verklagte zur Herausgabe der Sachen an sie verurtheilt. Das habe gesetzlich die Wirkung, daß die Verklagte vom Tage der Klagebehändigung als unredliche Besitzerin gelte, —

§ 222. a. a. O.

Der unredliche Besitzer habe aber nicht blos die Kosten der Auslieferung der Sachen zu tragen, sondern auch überhaupt dem Eigenthümer alles zu ersetzen, was derselbe durch die Vorenthaltung des Besitzes erweislich verloren, —

§§ 243. 244. a. a. O.

Die Kosten der Aufbewahrung in der Pfandkammer würden nicht entstanden sein, wenn die Verklagte in die Herausgabe gewilligt. Nur ihr unbegründeter Widerspruch habe die Klägerin in den Verlust der fraglichen Kosten gestürzt.

Diese Ausführung der Klägerin stellt sich im Wesentlichen als richtig dar, und es ist demnach unverkennbar, daß der Appellations-Richter sich der gerügten Verletzung des § 244. a. a. O., welcher dahin lautet:

Ueberhaupt muß der unredliche Besitzer dem Eigenthümer

Digitized by Google

oder rechtmäßigen Besitzer alles ersetzen, was derselbe durch die Vorenthaltung des Besitzes erweislich verloren hat, durch Nichtanwendung schuldig gemacht hat.

Denn daß die Zahlung der fraglichen Aufbewahrungskosten, wozu die Klägerin gemüßigt gewesen, für dieselbe einen Verlust involvirt, welcher ihr durch die Vorenthaltung der ihr eigenthümlich zugehörigen Sachen Seitens der Verklagten erwachsen ist, kann nicht wohl einem Bedenken unterworfen sein, da dadurch, daß von der Verklagten unbegründeter Weise der Ausantwortung jener Sachen an die Klägerin widersprochen, und selbst der Verkauf derselben zum Besten der Masse verlangt worden, die Klägerin, um diesen Verkauf zu verhüten, zur Ausbringung des demnächst auch für justifizirt erklärten Arrestes, welcher die Aufbewahrung der Sachen in der Pfandkammer zur unmittelbaren Folge gehabt hat, gezwungen gewesen ist, und von ihr somit für diese Aufbewahrung der Sachen in der Pfandkammer ein Kostenaufwand hat bestritten werden müssen, der gar nicht würde haben entstanden sein können, wenn die Verklagte, wie ihr oblag, sofort in die Ausantwortung der Sachen an die Klägerin gewilligt hätte.

Zur Begründung der Ersatzpflicht der Verklagten in Betreff der fraglichen, von der Klägerin bezahlten Aufbewahrungskosten bedarf es aber überall nicht des Nachweises eines vertretbaren Versehens auf Seiten der Verklagten, wie sich solches aus dem klaren und deutlichen Inhalte jenes § 244. von selbst ergiebt.

Es ist daher eine unrichtige Auffassung, wenn der Appellations-Richter die Klägerin mit dem erhobenen Ersatzanspruche lediglich aus dem Grunde abgewiesen hat, weil von der Klägerin ein vertretbares Versehen auf Seiten der Verklagten nicht dargethan, ein solches auch nach den vorliegenden Umständen nicht anzunehmen sei.

In Folge der hiernach dem Appellations-Richter zur Last

Digitized by Google

fallenden Verletzung des § 244. a. a. O. hat das Appellations-Erkenntniß der Vernichtung unterliegen müssen, und haben deshalb die übrigen gegen dasselbe noch von der Klägerin erhobenen Angriffe einer Erörterung und Prüfung nicht weiter bedürfen können.

In der Sache selbst ist aber, wie geschehen, auf die Appellation der Verklagten das kondemnatorische erste Erkenntniß zu bestätigen gewesen.

(Die weiteren dies ausführenden Gründe interessiren hier nicht.)

No. 55. — I. Senat. Sitzung v. 4. Nov. 1870.

Elsner ·/· Fiskus. — Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Potsdam.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Wirkung der Eintragung des Anspruches auf Grundsteuerbefreiung in's Hypothekenbuch auf die im § 13. des Gesetzes No. 5381. vom 21. Mai 1861 angedrohte Präklusion.

Gegen die im § 13. des Gesetzes vom 21. Mai 1861 (betreffend die für die Aufhebung der Grundsteuerbefreiung und Bevorzugungen zu gewährende Entschädigung) angedrohte Präklusion mit den Ansprüchen auf Entschädigung kann sich der Grundstücksbesitzer durch Berufung auf den in einer in das Hypothekenbuch des berechtigten Gutes eingetragenen Kontraktsbestimmung sich gründenden Rechtstitel seines Anspruches auf Grundsteuerbefreiung nicht schützen.

Gesetz No. 5381. vom 21. Mai 1861 § 13. (Gesetz-Sammlung S. 327.)

Mittelst Vertrages vom 10. Juni 1821 hat die zweite

Digitized by Google

Abtheilung der Königlichen Regierung zu Potsdam Namens Seiner Königlichen Majestät von Preußen, dem Kaufmann Kaapke das zum Amte Köpenick gehörig gewesene Vorwerk Mahlsdorf mit den dazu gehörigen speziell bezeichneten Gebäuden, Grundstücken und Gerechtigkeiten „wie sie bisher besessen und ausgeübt worden“, vom 1. Juni 1811 (wo die Uebergabe bereits stattgefunden hatte) „in Pausch und Bogen als ein unbeschränktes Eigenthum dergestalt für 36,000 Rthlr. (§ 2.) verkauft und überlassen, daß der Herr Käufer das Vorwerk mit seinen Zubehörungen rc. nutzen und gebrauchen kann, und mit jenem Zeitpunkte in alle Rechte und Pflichten eines Eigenthümers getreten ist, ohne daß über die künftige Benutzung Beschränkungen stattfinden, sie müßten denn aus allgemeinen Landesgesetzen herrühren rc. (§ 1.).“ Es ist dann weiter verabredet in den §§ 3. und 4., daß der Herr Käufer, welcher in die Kategorie der Rittergutsbesitzer trete, alle Kreis-, Sozietäts- und Kommunallasten rc. übernehmen und verpflichtet sein solle, die zum Vorwerke gehörigen Brücken und Wege, soweit deren Unterhaltung diesem bisher zur Last gefallen oder demselben nach den Landesgesetzen künftig zur Last fallen möchte, auf seine Kosten zu bauen und zu unterhalten. Daran schließt sich der § 5., lautend:

> Derselbe (der Herr Käufer) unterwirft sich der Regulirung einer Grundsteuer gegen Zurückzahlung eines verhältnißmäßigen Theils des Kaufgeldes, wobei die Steuer mit 6 Prozent zu Kapital berechnet wird.

Im § 10. aber ist noch gesagt:

> Derselbe ist verpflichtet, den Besitztitel und die von ihm übernommenen Verpflichtungen binnen 6 Wochen nach Aushändigung dieses Kontrakts auf seine Kosten in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen. Die Königliche Regierung bewilligt hiermit ausdrücklich die Berichtigung des Besitztitels von dem erworbenen Grundstücke für den Herrn

Digitized by Google

Kaapke, sowie der letztere in gleichzeitig prioritätische Eintragung der übernommenen Verpflichtungen beim Hypothekenbuche konsentirt.

In Folge dieses Kontrakts ist der Besitztitel für den Kaapke im Hypothekenbuche berichtigt, und es ist zugleich unter Anderm Rubr. II. eingetragen worden:

Nach § 5. des Vertrages vom 10. Juni 1821 hat sich Besitzer der Regulirung einer Grundsteuer gegen Zurückzahlung eines verhältnißmäßigen Theils der Kaufgelder, wobei die Steuer mit 6 Prozent zu Kapital gerechnet wird, unterworfen.

Das Gut Mahlsdorf ist, und zwar in Pausch und Bogen mit allen Rechten und Gerechtsamen, von Kaapke im Jahre 1836 an einen gewissen Eckardt, von diesem weiter und endlich von dem Besitzer Herrmann Elsner durch Vertrag vom 26. Mai 1865 an seinen Vater, den Kläger, verkauft, in Folge des Gesetzes vom 21. Mai 1861 aber vom 1. Januar 1865 ab mit einer Grundsteuer belegt worden, welche hier nur zum Betrage von jährlich 275 Rthlrn. 21 Sgr. 3 Pf. in Betracht kommt, da der Kläger die durch dessen Kapitalisirung zu 6 Prozent sich herausstellende Summe von 4594 Rthlrn. 14 Sgr. vom Verklagten gezahlt verlangt. Er will sich mit dem ihm vom Verklagten auf Grund des § 4. des Gesetzes No. 5381. vom 21. Mai 1861, betreffend die für Aufhebung der Grundsteuerbefreiungen und Bevorzugungen zu gewährende Entschädigung (Gesetz-Sammlung S. 327.), zugebilligten Entschädigungskapital von 2500 Rthlrn. 1 Sgr. 4 Pf. nicht begnügen, und glaubt ohne Rücksicht auf die Bestimmungen dieses Gesetzes selbstständig aus dem § 5. des Kontrakts vom 10. Juni 1821 den durch erfolgte Eintragung eine Berechtigung und ein Zubehör (Pertinenz) des Guts Mahlsdorf gewordenen Anspruch auf Rückzahlung des (vom Vorbesitzer Kaapke dem Kontrahenten des Fiskus) nur bedingungsweise stipulirten und gezahlten Theils der

Digitized by Google

Kaufgelder verfolgen zu können, weil durch den mit dem 1. Januar 1865 erfolgten Eintritt der Resolutivbedingung Verklagter kontraktlich zu solcher Rückzahlung verpflichtet sei.

In erster Instanz wurde Kläger abgewiesen, in zweiter Instanz dagegen der verklagte Fiskus verurtheilt.

Auf die Revision des Verklagten hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß, unter Abänderung des Erkenntnisses des Kammergerichts, das Erkenntniß des Kreisgerichts wiederherzustellen.

Gründe:

Der Appellations-Richter ist davon ausgegangen, daß es sich hier lediglich um Feststellung und Erfüllung einer kontraktlichen Verpflichtung des verklagten Fiskus handle, von welcher er durch Gesetz nicht hat befreit werden können, und was auch das gedachte Gesetz vom 21. Mai 1861 gar nicht bezweckt habe. Dieser Meinung läßt sich aber nicht beitreten.

Zunächst hätte es, da der Vertrag vom 10. Juni 1821 nicht vom Kläger selbst, sondern von dessen Vorbesitzer Kaapke mit dem Fiskus abgeschlossen worden ist, doch mindestens einer Rechtfertigung der vom Appellations-Richter aufgestellten Sätze:

> Kläger habe sich an den Fiskus als Kontrahenten zu halten gehabt und halte sich an ihn, er wolle keine gesetzliche Grundsteuer-Entschädigung, sondern sein Kontraktsrecht,

bedurft. Es kann jedoch von diesem Mangel der Prüfung der Legitimation des Klägers aus einem von einem Anderen, dessen Universalsuccessor geworden zu sein er nicht behauptet hat, geschlossenen Vertrage auf Erfüllung zu klagen, im vorliegenden Falle ganz abgesehen werden, weil, auch wenn er dazu für legitimirt angesehen werden könnte, der von ihm geltend gemachte Anspruch sachlich nicht begründet ist. Denn die Ansicht des Appellations-Richters, daß der Fiskus

Digitized by Google

von übernommenen privatrechtlichen Verpflichtungen „durch Gesetz überhaupt nicht befreit werden könne“, ist ebenso unrichtig wie seine Meinung, daß das mehrgedachte Gesetz vom 21. Mai 1861 eine solche Befreiung weder bewirkt noch bezweckt habe.

Zur Widerlegung der ersten Ansicht genügt die Hinweisung auf die Gesetze über die Verjährung, welche, insofern sie die Geltendmachung vertragsmäßiger Rechte von der Innehaltung bestimmter Fristen abhängig machen, nicht blos den Privaten, sondern auch dem Fiskus zur Seite stehen, und wenn der Kläger daraus, daß der Fiskus als Verkäufer eines Domänenguts (der Domänenfiskus) keinerlei Hoheitsrechte, also auch nicht das Recht Steuern aufzulegen oder aufzuheben, habe, die Folgerung zieht, daß „sich“ derselbe „durch die Gesetzgebung“ von gegen Privaten kontraktlich übernommenen Verpflichtungen nicht „frei machen“ könne, so bedarf diese, auf einem gänzlichen Verkennen des Begriffs der gesetzgebenden Gewalt (Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 Art. 62. ff.) und der Kraft gehörig publizirter Gesetze beruhende Ausführung selbstredend keiner Widerlegung.

Es kann daher nur darauf ankommen, ob neuere Gesetze die vom Fiskus in dem Vertrage vom 10. Juni 1821 übernommene Verpflichtung aufgehoben, oder doch modifizirt haben? und diese Frage ist zu bejahen. Die im § 5. enthaltene Verabredung findet zunächst ihr richtiges Verständniß aus den damals bestehenden gesetzlichen Bestimmungen. Schon in dem Finanz-Edikt vom 27. Februar 1810 (Gesetz-Sammlung S. 25.) war der Königliche Wille ausgesprochen: daß die Grundsteuer mit Wegfall aller Exemtionen regulirt resp. verhältnißmäßig und gleich vertheilt werden, und daß dies auch in der Absicht auf die Allerhöchsteigenen Domainalbesitzungen geschehen solle; und damit stand unzweifelhaft die im § 29. Littr. f. der in der Verordnung über

Digitized by Google

die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden vom 27. Oktober 1810 (Gesetz-Sammlung S. 3.) im Abschnitte „vom Ministerium der Finanzen" unter A. 1. S. 15. in Bezug genommene, unterm 25. Oktober 1810 Allerhöchst erlassene Domänen-Veräußerungs-Instruktion (Koch, Recht der Preußischen Domänen, Anl. VII. S. 273. 282.) enthaltene Bestimmung in Verbindung, wonach in der Regel den Domänen-Veräußerungskontrakten auch folgende Bedingung zu Grunde gelegt werden solle:

Die Erwerber unterwerfen sich der Regulirung einer Grundsteuer gegen Absetzung oder Rückzahlung eines verhältnißmäßigen Erbkanons oder der Kaufsumme, wobei die Steuer mit 6 Prozent zu Kapital gerechnet wird.

Sodann aber verordnete auch das Gesetz über die Einrichtung des Abgabenwesens vom 30. Mai 1820 (Gesetz-Sammlung S. 134.) im § 5.:

daß veräußerte Domänengrundstücke überall mit der landüblichen Grundsteuer belegt werden sollten.

Mit Rücksicht auf diese damals geltenden gesetzlichen Vorschriften, sowie darauf, daß das veräußerte Domänen-Vorwerk Mahlsdorf Rittergutsqualität haben sollte, und daß nach der Verfassung der Kurmark, wo dasselbe lag, damals noch weder von den Domänen, noch von den Rittergütern Grundsteuer zu entrichten war, daß aber deren Auflegung auf selbige bereits in Aussicht stand, kann in der Vereinbarung im § 5. des Kontrakts vom 10. Juni 1821 offenbar nichts anderes und nichts mehr als die, im Hinblick auf die §§ 183. 175. ff. I. 11. des Allgem. Landrechts abgegebene ausdrückliche Erklärung des verkaufenden Fiskus gefunden werden: seinem Käufer gegenüber die Vertretung für die Grundsteuer zu übernehmen und zwar diese durch Rückzahlung eines Theils der Kaufgelder an ihn zu leisten. Eine solche Stipulation, wie die des in Rede stehenden § 5., enthält also der Sache nach, wie Kläger in der Appellations-Recht-

Digitized by Google

fertigung selbst sich ausdrückt: „materiell nichts anderes als" das Versprechen des Verkäufers, den Käufer in der angegebenen Weise und Höhe zu entschädigen, wenn dem verkauften Gute Grundsteuer als eine öffentliche Last neu auferlegt werden sollte. Sein Gegenargument: „die Kontrahenten hätten formell nicht so gesprochen", ist kaum ernstlich gemeint, jedenfalls allen Interpretationsregeln zuwider. Was der Kläger aber damit sagen will, wenn er meint: „der Vertrag und dessen ganzer Inhalt ergebe, daß das Rittergut Mahlsdorf jederzeit verpflichtet gewesen sei, sich der Grundsteuerregulirung zu unterwerfen; dazu habe es eines Gesetzes nicht bedurft", — ist schwer verständlich, zumal er, wie schon bemerkt, selbst geltend macht, daß der Domänenfiskus, welcher den fraglichen Vertrag abgeschlossen hat, Steuern nicht auflegen könne, und überhaupt nicht davon die Rede sein kann, daß zur Regulirung der Grundsteuer ein Gesetz nicht erforderlich gewesen sein würde.

Nicht minder unverständlich ist es, wenn der Kläger den Theil des Kaufgeldes von 36,000 Rthlrn. (welchen Fiskus mit der Regulirung der Grundsteuer, in Höhe des zu 6 Prozent kapitalisirten Grundsteuerbetrages an seinen Käufer zurückzuzahlen versprochen hat, als „einen nur unter einer Resolutivbedingung verabredeten höheren Kaufpreis" angesehen haben will, während nach Inhalt des Vertrags die Stipulation des vor dessen Abschluß überdies schon ganz gezahlten Kaufgeldes von 36,000 Rthlrn. eine durchaus unbedingte ist, und nur das Recht des Käufers auf Rückzahlung eines Theils der Kaufgeldsumme als ein — und zwar suspensiv — bedingtes angesehen werden kann. Völlig gleichgültig aber erscheint es, ob in einem Domänen-Veräußerungsvertrage die Verabredung getroffen ist: daß bei eintretender Auferlegung der Grundsteuer auf das seither davon befreite veräußerte Grundstück der verkaufende Fiskus ein dem zu 6 Prozent kapitalisirten Grundsteuerbetrage entsprechendes Entschä-

Digitized by Google

digungskapital an den Käufer zahlen solle, oder ob, wie im vorliegenden Vertrage in Folge der allegirten Vorschrift im § 29. Littr. f. der Domänen-Veräußerungs-Instruktion vom 25. Oktober 1810 geschehen, offenbar die Kontrahenten sich der Worte bedient haben: der Käufer unterwerfe sich der Regulirung einer Grundsteuer gegen Rückzahlung eines Theils der Kaufsumme, wobei die Steuer mit 6 Prozent zu Kapital gerechnet werde. In Betracht, daß es unzweifelhaft keiner dergleichen vertragsmäßigen Unterwerfung des Käufers bedurfte, um im Wege der Steuergesetzgebung die Regulirung der Grundsteuer in Betreff des verkauften Gutes möglich zu machen, lassen sich dergleichen Verabredungen, sie mögen so oder so gefaßt sein, doch immer nur als Stipulationen einer relativ der Höhe nach im Voraus bestimmten Kapitalssumme auffassen, welche, abweichend von den gesetzlichen Vorschriften (Allg. Landrecht I. 11. §§ 178. ff.), der verkaufende Fiskus dem Käufer für den Fall, daß bei der in Aussicht stehenden Regulirung der Grundsteuer dem den Gegenstand des Kaufgeschäfts bildenden Gute solche Steuer aufgelegt werden würde, als Vergütigung für diese neue Belastung des Gutes zahlen solle. In dem einen wie in dem anderen Falle hat die Stipulation wesentlich den Zweck einer dem Käufer zu gewährenden Entschädigung dafür, daß durch die Grundsteuerregulirung der Nutzungsertrag des verkauften Guts vermindert wird. Dergleichen dem Käufer eines veräußerten Domänengrundstücks dem Fiskus — Domänen- oder Steuerfiskus — gegenüber zustehende Entschädigungsansprüche sind jedoch keineswegs, wie der Appellations-Richter meint, durch die die Grundsteuerregulirung betreffenden neuen Gesetze unberührt geblieben.

Schon das Gesetz vom 24. Februar 1850 (Gesetz-Sammlung S. 62.) hat im § 1. die Fragen:

ob und inwieweit den Besitzern der bisher rücksichtlich der

Digitized by Google

Grundsteuer befreiten oder bevorzugten Grundstücke eine Entschädigung zu gewähren sei?

d. h. selbstverständlich eine Entschädigung aus Staats- resp. fiskalischen Fonds, — weiterer Entscheidung — selbstredend im Wege der Gesetzgebung, vorbehalten. Diese Entscheidung ist in den Gesetzen vom 21. Mai 1861 (No. 5379. 5380. 5381., Gesetz-Sammlung S. 253. ff. 317. ff. 327. ff.) schließlich und endgültig getroffen. Dieselben sind daher — und hieran ist diesseits konstant festgehalten worden — für die Fragen: ob und inwieweit eine Entschädigung für Aufhebung einer bis dahin bestandenen Grundsteuerbefreiung aus Staatsfonds zu gewähren sei? einzig und allein maaßgebend und entscheidend, und zwar, wie sich aus deren Inhalte unzweideutig ergiebt, auch in den Fällen, wo dieserhalb früher schon von fiskalischen Behörden Namens des Staats abgeschlossene Verträge vorhanden waren.

Durch die gedachten Gesetze sind alle bis dahin bestehend gewesenen Grundsteuerbefreiungen und Bevorzugungen für alle in dem § 4. des ersten (No. 5379.) und im § 3. des zweiten (No. 5380.) dieser Gesetze nicht bezeichneten Grundstücke und Gebäude aufgehoben, und es sind im § 5. des ersten Gesetzes den Grundstücksbesitzern für Aufhebung der eigentlichen Grundsteuerfreiheit (für Liegenschaften) — von der hier die Rede ist — Entschädigungen zugesichert mit den Worten:

Die Gewährung „einer" Entschädigung für die Aufhebung der Grundsteuerbefreiungen und Bevorzugungen erfolgt nach Maaßgabe des dieserhalb erlassenen Gesetzes vom heutigen Tage (d. h. des gedachten dritten Gesetzes vom 21. Mai 1861 No. 5381.).

In diesem (dritten) Gesetze aber besagt der § 1.:

Für die im § 5. des ersten Gesetzes — No. 5379. — angeordnete Heranziehung bisher befreiter oder bevorzugter Grundstücke zur Grundsteuer wird in dem durch die §§ 2.

Digitized by Google

bis 4. des gegenwärtigen Gesetzes — No. 5381. — bestimmten Umfange eine Entschädigung aus der Staatskasse gewährt.

Unter dem Marginale I.: „Höhe der Grundsteuer-Entschädigung für die verschiedenen Arten der Grundeigenthümer und Berechtigung derselben" folgen dann in den §§ 2—4. Vorschriften, welche

1. unterscheiden:

   a) zwischen Besitzern solcher Grundstücke (§ 2.),

      welchen die Grundsteuerbefreiung ꝛc. mittelst eines lästigen Vertrages, oder mittelst eines ꝛc. ertheilten speziellen Privilegiums vom Staate verliehen ist, oder welche den Nachweis führen, daß ihrem Gute oder Grundstücke aus einem anderen Titel des Privatrechts der Rechtsanspruch auf Steuerfreiheit ꝛc. dem Staate gegenüber zur Seite steht;

   und

   b) den Besitzern von Gütern oder Grundstücken, von welchen an den Domänen- oder Forstfiskus Abgaben zu entrichten resp. zu entrichten gewesen, aber schon abgelöst sind (§ 3.);

   und endlich

   c) den Besitzern solcher seither von der Grundsteuer befreiter Güter und Grundstücke (§ 4.),

      welche weder einen Rechtstitel der § 2. gedachten Art für sich gelten machen können, noch zu den im § 3. ꝛc. bezeichneten gehören;

und

2. die Höhe der zu gewährenden Entschädigung verschieden festsetzen, und zwar

   zu a. (§ 2.) auf den zwanzigfachen Betrag desjenigen Grundsteuerbetrages, welchen die betreffenden Güter oder Grundstücke nach den Resultaten

Digitized by Google

der Grundsteuerveranlagungen in Gemäßheit des ersten Gesetzes No. 5379. mehr als seither zur Staatskasse zu entrichten haben, sofern nicht in dem Vertrage oder Privilegium in dieser Beziehung anderweite Bestimmungen getroffen sind, bei denen es bewenden soll;

zu b. (§ 3.) auf einen, ebenfalls nach der Vorschrift des § 2. zu berechnenden Betrag, der von den an den Domänen- oder Forstfiskus zu entrichtenden Abgaben in Abzug kommen, oder, wenn deren Ablösung bereits erfolgt ist, der Berechnung des dem Besitzer zurückzuerstattenden Theils des Ablösungskapitals zum Grunde gelegt werden soll;

zu c. (§ 4.) auf einen verhältnißmäßigen Antheil an einem Kapital, dessen Höhe durch den 13½fachen Betrag derjenigen Summe bestimmt wird, welche die bezeichneten Grundbesitzer zusammengenommen mehr als seither von ihren Gütern ꝛc. an Grundsteuer zu entrichten haben würden, wenn dieselben überall nur nach Maaßgabe der in den einzelnen Landestheilen bestehenden Steuerverfassungen zu den dort landesüblichen Grundsteuern veranlagt wären.

Der § 5. aber bestimmt noch, daß als zur Theilnahme an dem nach § 4. ausgesetzten Entschädigungskapitale berechtigt von ländlichen Grundbesitzern insonderheit anzuerkennen seien:

3. die Besitzer solcher Grundstücke, welche seither aus besonderen Gründen von der Grundsteuer befreit geblieben, soweit sie nicht zu den in den §§ 2. 3. oder zu den in dem, die Fälle der Ausschließung von solcher Theilnahme festsetzenden § 6. dieses (dritten) Gesetzes bezeichneten gehören.

Will sich nun der Kläger mit der ihm auf Grund des zitir-

Digitized by Google

ten § 4. festgesetzten und offerirten Entschädigung nicht begnügen, so steht ihm nach den allegirten klaren Gesetzesvorschriften eine anderweite resp. höhere — weil vertragsmäßig stipulirte — Entschädigung, die, ähnlich wie im § 3. des Gesetzes vom 21. Mai 1861, No. 5381., Rückerstattung eines verhältnißmäßigen Theils eines gezahlten Ablösungskapitals angeordnet ist, in der Rückzahlung eines verhältnißmäßigen Theils des vom Käufer dem Domänenfiskus gezahlten Kaufgeldes vereinbart war, doch immer nur nach Maaßgabe dieses Gesetzes zu. Dasselbe schreibt aber in dem Abschnitt Marginale II.: Verfahren behufs Feststellung der Entschädigungsbeträge im § 13. ausdrücklich Folgendes vor:

Ueber die Ergebnisse der Ermittelung (NB. der landesüblichen Grundsteuer für die bisher befreiten und bevorzugten Grundstücke §§ 8—12.) ist für jeden landräthlichen Kreis eine Nachweisung aufzustellen, welche in dem Geschäftslokale des Landrathsamts während eines Zeitraums von mindestens vier Wochen offen gelegt wird. Der Tag, mit welchem diese Offenlegung beginnt, und die Dauer derselben ist durch das Regierungs-Amtsblatt unter der Verwarnung zur öffentlichen Kenntniß zu bringen,

daß Einwendungen gegen die geschehene Ermittelung, sowie alle Ansprüche auf Gewährung einer Entschädigung nach den in den §§ 2. und 3. gegebenen Bestimmungen binnen einer Präklusivfrist von drei Monaten vom Tage der Offenlegung der Nachweisung an gerechnet, bei dem Landrathe des Kreises anzubringen seien.

Auf die vorstehenden Bestimmungen ist in sämmtlichen Gemeinden und selbstständigen Gutsbezirken noch besonders mit dem ausdrücklichen Hinzufügen aufmerksam zu machen:

daß Entschädigungsansprüche jeglicher Art erlöschen und nicht weiter berücksichtigt werden dürfen, wenn sie nicht

Digitized by Google

innerhalb der bezeichneten Präklusivfrist geltend gemacht werden.

Unbestritten ist, daß der Kläger seinen Entschädigungsanspruch zwar bei der Königlichen Regierung zu Potsdam, nicht aber bei dem betreffenden Kreislandrathe angemeldet hat, wiewohl nicht nur die im § 13. a. a. O. vorgeschriebenen Bekanntmachungen erlassen worden sind, sondern er auch sowohl durch den Einschätzungs-Kommissarius, als auch durch Verfügung der Königlichen Regierung noch vor dem Beginne der gedachten Präklusivfrist ausdrücklich an die im Gesetze bestimmten Behörden verwiesen worden ist.

Kann es, wie oben schon bemerkt, nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß zur Beurtheilung der Frage:

ob aus Domänen-Veräußerungsverträgen, welche gemäß der Instruktion vom 25. Oktober 1810 die Bestimmung:

Käufer unterwirft sich der Regulirung einer Grundsteuer gegen Rückzahlung eines verhältnißmäßigen Theils der Kaufsumme, wobei die Steuer mit 6 Prozent zu Kapital berechnet wird,

enthalten, ein Anspruch einer in solcher Höhe berechneten Kapitalentschädigung für wirklich erfolgte Aufhebung der dem verkauften Domänengrundstücke zur Zeit der Veräußerung und Uebergabe noch zustehend gewesenen Grundsteuerfreiheit geltend gemacht werden könne?

auf das Gesetz vom 21. Mai 1861 No. 5381. zurückgegangen werden muß, weil dasselbe für alle dergleichen an den Staat zu machenden Ansprüche allein und ausschließlich maaßgebend ist, so rechtfertigt sich auch unbedenklich die vom Verklagten verlangte und vom ersten Richter auch erkannte Abweisung des Klägers mit dem von ihm im vorliegenden Prozesse erhobenen Anspruche. Denn es kann nur zwei Fälle geben. Entweder in dem Vertrage vom 10. Juni 1821 sind keine Verabredungen getroffen, welche dem Kläger als Besitznachfolger des darin genannten Käufers auf Grund

Digitized by Google

des § 2. des zitirten Gesetzes das Recht geben könnten, als Entschädigung für die Aufhebung der dem Gute Mahlsdorf zustehend gewesenen Grundsteuerfreiheit die Zahlung eines Kapitals zu verlangen, dessen Betrag sich durch Kapitalisirung der aufgelegten Mehrgrundsteuer zu 6 Prozent herausstellt, — dann gehört, da das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 3. nicht behauptet ist, Kläger schlechthin und unbedingt nur zu denjenigen Grundstücksbesitzern (§ 5. No. 3.), welche die Seitens des Verklagten festgesetzte, ihm angebotene, von ihm aber nicht angenommene mindere Entschädigung auf Grund des § 4. zu verlangen haben; oder aber: der Vertrag vom 10. Juni 1821 würde an sich geeignet gewesen sein, dem Kläger nach § 2. a. a. O. einen Anspruch auf Gewährung einer Entschädigung in der von ihm verlangten Höhe zu begründen, — dann ist dieser Anspruch, weil er in der vom Gesetze bestimmten Präklusivfrist bei der dazu ausdrücklich und ausschließlich berufenen Behörde nicht angemeldet worden ist, nach § 13. a. a. O. erloschen und darf nicht weiter berücksichtigt werden. Und da der § 13. Entschädigungsansprüche jeglicher Art der dreimonatlichen Präklusion unterwirft, so kann sich der Kläger gegen die Folgen der versäumten gehörigen und rechtzeitigen Anmeldung durch Berufung auf den in einer in das Hypothekenbuch des berechtigten Guts eingetragenen Kontraktsbestimmung sich gründenden Rechtstitels seines Anspruchs selbstredend nicht schützen.

Hiernach ist das Appellations-Urtheil nicht gerechtfertigt, weshalb dasselbe abzuändern, und das den Kläger abweisende erste Erkenntniß wiederherzustellen ist.

Digitized by Google

No. 56. – I. Senat. Sitzung v. 4. Nov. 1870.

Krampitz ·|· Grabs. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt- und Kreis-Gericht in Danzig.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Vorschriften über die Verpflichtung zur Ableistung des Manifestationseides als Rechtsgrundsätze; Verpflichtung der Testamentsexekutoren zur Legung eines Inventars und Ableistung des Manifestationseides.

a. Die in den §§ 28. 29. I. 22. der Allgem. Gerichts-Ordnung enthaltenen Vorschriften über die Verbindlichkeit gewisser Personen zur Ableistung des Manifestationseides sind Rechtsgrundsätze.

b. Testamentsvollstrecker, welche vermöge der im Testament ihnen ertheilten Ermächtigung sich selbst gleich nach dem Tode des Erblassers in den Besitz des ganzen Nachlasses gesetzt haben, sind schuldig, dem Erben auf sein Verlangen ein Verzeichniß sämmtlicher zu diesem Nachlasse gehörigen und von ihnen übernommenen Gegenstände auszuantworten.

c. Dieselben sind ferner allemal schuldig, auf Verlangen den Manifestationseid zu leisten.

d. Die Verpflichtung zur Ableistung des Manifestationseides ist nicht davon, ob die Richtigkeit der übergebenen Verzeichnisse oder Rechnungen mit oder ohne scheinbaren Grund in Zweifel gezogen worden ist, sondern allein von dem Verlangen des andern Theils abhängig.

A. G. O. I. **22**. §§ 28-32.; A. L. R. I. **12**. §§ 557. ff.,
II. **18**. Anh. § 157. zu § 421.

Die vom Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat

Digitized by Google

das Ober-Tribunal verworfen, aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Stadt- und Kreisgerichts zu Danzig und des Appellationsgerichts zu Marienwerder vom 10. Januar respektive vom 20. Juni 1870 ist der Beklagte für schuldig erachtet, nach Vorgang des im § 32. I. 22. der Allgem. Gerichts-Ordnung vorgeschriebenen Verfahrens den in dem Klageantrage normirten Manifestationseid zu leisten, und der zweite Richter hat seine konfirmatorische Entscheidung in folgender Weise motivirt:

„Nach den Funktionen, welche dem Verklagten in dem Testamente des Fräulein Emilie Goroney vom 5. November 1868 als Exekutor desselben übertragen sind, ist demselben zweifelsohne die Verwaltung des Nachlasses der Erblasserin übertragen, — vergl. § 558. I. 12. des Allg. Landrechts. Als Verwalter des Nachlasses ist aber der Verklagte der Klägerin als Testamentserbin gegenüber zur Ableistung des Manifestationseides verpflichtet, —

vergl. §§ 28. und 29. No. 1. I. 22. der Allgem. Gerichts-Ordnung.

In dem § 29. No. 1. a. a. O. ist zwar gesagt, daß die Verwalter fremder Güter zur Ableistung des Manifestationseides verbunden sind, wenn die Richtigkeit der von ihnen übergebenen Rechnungen und Verzeichnisse nicht ohne scheinbaren Grund in Zweifel gezogen wird; diese Einschränkung der Verpflichtung zur Leistung des Manifestationseides ist indessen zu vage und unbestimmt, als daß ihr, zumal nach der Lage des vorliegenden Falles, eine Bedeutung zum Nachtheil der Klägerin beigelegt werden könnte.“

Ohne Grund wirft nun der Implorant dem Appellations-Richter vor:

Digitized by Google

Letzterer verletze durch diese Ausführung den § 558. a. a. O., sowie die §§ 28. und 29. No. 1. I. 22. der Allgem. Gerichts-Ordnung.

Der § 558. schreibt im Anschlusse an den § 557. I. 12. des Allgem. Landrechts:

Hat der Erblasser Jemandem die Vollziehung seines letzten Willens aufgetragen, so ist derselbe als ein Bevollmächtigter des Erblassers, und die letztwillige Verordnung selbst als seine Vollmacht und Instruktion anzusehen,

weiter vor:

Ist mit dieser Vollziehung zugleich die Verwaltung des Nachlasses ganz oder zum Theil verbunden, so ist der Vollzieher insoweit als einer Verwalter fremder Güter zu betrachten (Tit. 14. Abschn. 2.).

Fräulein Emilie Goroney setzt in ihrem gerichtlichen Testamente vom 5. November 1858 die Klägerin zu ihrer Universalerbin ein, vermacht sodann verschiedenen Personen Summen von 150 Rthlrn., 200 Rthlrn. und resp. 400 Rthlrn., und ordnet endlich an:

zu dem Exekutor dieses meines letzten Willens ernenne ich den Direktor der hiesigen Gewerbeschule Dr. Grabo mit der Befugniß, den Nachlaß in jeder Beziehung zu reguliren, ausstehende Forderungen einzuziehen und darüber zu quittiren, Prozesse wegen dieses Nachlasses zu führen, die vorstehenden Legate auszuzahlen, Hypothekenforderungen einzuziehen und darüber zu quittiren, überhaupt Alles dasjenige, was zur Regulirung meines Nachlasses nothwendig ist, vorzunehmen.

Wenn nun der Appellations-Richter aus diesen Worten entnimmt:

es sei dem Verklagten darnach zweifelsohne die Verwaltung des Nachlasses der Erblasserin übertragen, und wenn er ihn demgemäß der Klägerin, als Testamentserbin gegenüber, als Verwalter des Nachlasses ansieht, so muß

Digitized by Google

bei dieser, ohnehin auch durchaus zutreffenden Annahme hier umsomehr stehen geblieben werden, als dieselbe als aktenwidrig gar nicht angefochten ist, —

Verordnung vom 14. Dezember 1833 § 16.

Unter dieser Voraussetzung ist aber nicht abzusehen, wie der Appellations-Richter eigentlich rechtsgrundsätzlich gegen den allegirten § 558. verstoßen haben sollte, und auch die Nichtigkeitsbeschwerde hat diesen Vorwurf in keiner Weise näher gerechtfertigt.

Ebensowenig fällt dem vorigen Richter aber auch eine Verletzung der §§ 28. und 29. No. 1. I. 22. der Allgem. Gerichts-Ordnung zur Last.

Dieselben lauten:

§ 28. Der Manifestationseid kann gefordert werden, wenn Jemand einen Inbegriff von Sachen oder Rechten ganz oder zu einem bestimmten Antheile (pars quota) anzeigen oder herausgeben soll, oder auch über den Betrag eines gewissen Gegenstandes Auskunft zu ertheilen verbunden ist.

§ 29. Vornehmlich sind zur Ableistung dieses Eides verbunden

1. diejenigen, welche fremde Güter verwaltet haben, z. B. Vormünder, Kuratoren, Administratoren rc., wenn die Richtigkeit der von ihnen übergebenen Verzeichnisse oder Rechnungen nicht ohne scheinbaren Grund in Zweifel gezogen wird.

Mit dem Einwande: es handle sich hier lediglich um bloße, und zwar nicht wesentliche Prozeßvorschriften, deren etwaige Verletzung mithin immer nicht zur Vernichtung des angefochtenen Appellations-Urtheils führen könnte, — Ministerial-Instruktion vom 7. April 1839 No. 11., läßt sich die erhobene Rüge: der zweite Richter verletze die allegirten §§ 28. und 29., von vornherein allerdings nicht beseitigen, denn die darin enthaltenen Vorschriften über die Verbind-

Digitized by Google

lichkeit gewisser Personen zur Ableistung des Manifestationseides sind wiederholt theils ausdrücklich, theils stillschweigend für wirkliche Rechtsgrundsätze erklärt und angesehen worden, —

Entscheidungen Bd. 15. S. 456. und Bd. 55. S. 238., Archiv für Rechtsfälle Bd. 22. S. 3.

Die Beschwerde erscheint indessen materiell nicht begründet. Die Art und Weise des Uebergangs von dem § 28. zu dem § 29. durch die Partikel: „Vornehmlich" sind zur Ableistung des Manifestationseides verbunden: 1. u. s. w. ergiebt deutlich, daß zunächst im § 28. der allgemeine Grundsatz aufgestellt ist, und in dem darauf folgenden § 29. sodann unter No. 1—11. einzelne besondere Beispiele aufgezählt, d. h. verschiedene Personen bezeichnet werden, welche vornehmlich zur Ableistung jenes Eides verbunden sind. Selbstverständlich hat die Aufzählung dieser Beispiele im § 29. die generelle Vorschrift des § 28. nicht aufheben sollen; und da der Appellations-Richter die Verpflichtung des Beklagten als Testaments-Exekutors nicht blos aus dem § 29. No. 1., sondern in gleichem Maaße auch aus dem § 28. herleitet, so genügt es zur Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde offenbar schon, wenn der Beklagte auch nur nach § 28. a. a. O. zur Ableistung des geforderten Manifestationseides verpflichtet sein möchte, gleichviel, ob außerdem auch noch die besonderen Bedingungen des § 29. No. 1. hier zutreffen. Ersteres ist aber unzweifelhaft der Fall, und wiewohl die Nichtigkeitsbeschwerde auch den § 28. als verletzt mit bezeichnet, so ist die desfallsige Rüge doch überall nicht näher gerechtfertigt, vielmehr kämpft die ganze Rechtfertigung des Imploranten doch allein dagegen an, daß der Appellations-Richter, da er nicht feststelle: daß die Richtigkeit der vom Verklagten übergebenen Verzeichnisse und Rechnungen nicht ohne scheinbaren Grund in Zweifel gezogen werde, den § 29. No. 1. durch unpassende Anwendung verletze.

Digitized by Google

Geständlich hat der Verklagte in seiner Eigenschaft als ernannter Testaments-Exekutor den Nachlaß des Fräuleins Emilie Goroney in Besitz genommen und ohne Zuziehung der Klägerin darüber Verfügung getroffen. Da das Testament vom 5. November 1868 sonstige dahin gehende Einschränkungen der Klägerin, als eingesetzten Universalerbin, nicht enthält, so ist der Verklagte als Testaments-Exekutor unbedenklich verpflichtet, den von ihm in Besitz genommenen und verwalteten Nachlaß, sobald derselbe im Sinne des Testaments regulirt ist, und die Legate ausbezahlt sein werden, der Klägerin, als Erbin und Eigenthümerin, wie es im § 28. a. a. O. wörtlich heißt: „anzuzeigen und herauszugeben.“

Der § 558. I. 12. des Allgem. Landrechts verweist in der hinzugefügten Parenthese ausdrücklich auf den Abschnitt 2. Tit. 14., d. h. auf die Lehre von der Verwaltung fremder Sachen und Güter, und nach dieser — §§ 109. u. 135. ff. I. 14. des Allg. Landrechts — ist der Verklagte verpflichtet, von seiner Geschäftsführung genaue Rechenschaft abzulegen, und den verwalteten Nachlaß nach beendeter Regulirung der Klägerin auszuantworten, — §§ 9. und 46. ebendaselbst, § 562. I. 12. des Allgem. Landrechts.

Will man aber auch die §§ 28. und 29. nicht in der gedachten Strenge scheiden, sondern mehr im Zusammenhange auffassen, so hat sich der Appellations-Richter doch einer rechtsgrundsätzlichen Verletzung des § 29. No. 1. a. a. O. nicht schuldig gemacht.

In seiner Eigenschaft als Testaments-Exekutor hat der Verklagte von dem Goroney'schen Nachlasse ein Inventarium angefertigt und dem Stadt- und Kreisgerichte zu Danzig behufs der Feststellung und Einziehung des Erbschaftsstempels eingereicht, auch über die Regulirung jenes Nachlasses der Klägerin eine Rechnung gelegt; insoweit waltet überall kein Streit ob.

Digitized by Google

Die Klägerin hegt jedoch Mißtrauen gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit jenes Inventars, und es fragt sich nur, ob der Beklagte verbunden ist, in Bezug auf dasselbe den Manifestationseid zu leisten? Ausdrücklich ist diese Frage hinsichtlich der Testaments-Exekutoren, sofern die betreffende letztwillige Verordnung darüber nichts Besonderes bestimmt, weder in den §§ 557. ff. I. 12. des Allg. Landrechts, noch in der Allg. Gerichts-Ordnung entschieden, namentlich führt der § 29. a. a. O. unter No. 1. ausdrücklich zwar nur Vormünder, Kuratoren und Administratoren auf; er charakterisirt diese Kategorien durch die Worte, z. B. jedoch selbst nur als Beispiele, und man hat umsoweniger Bedenken getragen, unter das hinzugefügte „2c." auch Testaments-Exekutoren zu subsumiren, als schon die gemeinrechtliche Jurisprudenz von dem Satze ausging:

Executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur! —

Gruchot, Erbrecht Bd. 2. S. 211. Anm. 3.

So heißt es denn schon in dem auf eine Anfrage der Westpreußischen Regierung zu Marienwerder ergangenen Reskripte vom 25. Januar 1796, aus welchem später der § 157. des Anhanges zum Allg. Landrechte II. 18. § 421. entnommen ist:

Er (der Testaments-Exekutor) kann ferner der eidlichen Bestärkung desselben (des von ihm aufgenommenen Privat-Inventariums) auf Erfordern des Gerichts, ebensowenig, als ein anderer Administrator rei alienae, sich entbrechen! —

Rabe, Sammlung Bd. 3. S. 248. 249.,

und in dem diesseitigen Präjudikate vom 10. September 1846 (Entscheidungen Bd. 13. S. 376. ff.), in welchem es sich vorzugsweise allerdings nur um die Verpflichtung der Testaments-Exekutoren, den Vormundschaftsbehörden das Nachlaß-Inventarium offenzulegen, handelte, wird doch bemerkt S. 380. und 381.:

Digitized by Google

wenn die Testamentsvollstrecker, wie hier, vermöge der im Testamente ihnen ertheilten Ermächtigung sich selbst gleich nach dem Tode des Erblassers in den Besitz des ganzen Nachlasses gesetzt haben, sind sie schuldig, dem Erben auf sein Verlangen ein Verzeichniß sämmtlicher zu diesem Nachlasse gehörigen und von ihnen übernommenen Gegenstände auszuantworten. Nicht minder sind nach der allgemeinen Vorschrift des § 29. I. 22. der Allgem. Gerichts-Ordnung Verwalter fremder Güter allemal schuldig, auf Verlangen den Manifestationseid zu leisten,

und weiter S. 382.:

das Vormundschaftsgericht ist berechtigt und verpflichtet, die Verwalter des Nachlasses zur Herausgabe eines, nöthigenfalls eidlich zu bestärkenden Inventariums anzuhalten.

Den beschränkenden Zusatz des § 29. No. 1. a. a. O.:

„wenn die Richtigkeit der von ihnen übergebenen Verzeichnisse oder Rechnungen nicht ohne scheinbaren Grund in Zweifel gezogen wird“,

hat der Appellations-Richter keineswegs übersehen, und ebensowenig, wie der Implorant vermeint, generell den Grundsatz aufgestellt: die gedachte Verbindlichkeit der genannten Personen zur Ableistung des Manifestationseides sei stets eine ganz unbedingte.

Der Appellations-Richter hält sich, wie dessen Worte:

dieser vagen und unbestimmten Einschränkung könnte nach der Beschaffenheit des vorliegenden Falles eine Bedeutung zum Nachtheil der Klägerin nicht beigelegt werden!

lediglich an das gegenwärtige Sachverhältniß, ohne damit einen allgemeinen gültigen Rechtssatz aufzustellen. Unbemerkt mag endlich nicht bleiben, daß der von den Vorderrichtern mit herangezogene § 32. a. a. O.:

Digitized by Google

Zur Ableistung eines Manifestationseides über Verzeichnisse und Rechnungen kann eher nicht geschritten werden, als bis dieselben dem Gegentheile vorgelegt, er mit seinen Ausstellungen darüber gehört, und der Grund oder Ungrund dieser Erinnerungen ausgemittelt worden. Erst wenn dieses geschehen ist, und der andere Theil es noch verlangt, muß der Manifestationseid geschworen werden, die Verpflichtung zur Ableistung dieses Eides schließlich doch nicht von dem Ausfalle jener Ermittelungen, also nicht davon, ob die Richtigkeit der übergebenen Verzeichnisse oder Rechnungen mit oder ohne scheinbaren Grund in Zweifel gezogen worden ist, sondern allein von dem Verlangen des andern Theils abhängig macht.

No. 57. – III. Senat. Sitzung v. 4. Nov. 1870.

Woytecki ./. Hoffmann. — Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wongrowiec.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Bromberg.

Vor der Konkurseröffnung vom Kridar bewilligte Pfand- und Hypothekenrechte.

Für die Anwendung des § 10. der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 ist es gleichgültig, ob der Titel zum Pfandrecht aus einem einseitigen oder zweiseitigen Geschäft herrührt.

Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 § 10.

Bei der Subhastation des zur Woytecki'schen Konkursmasse gehörigen Grundstücks Wongrowiec No. 126. kam die zu letzter Stelle in Folge Antrages vom 28. Oktober 1868

Digitized by Google

durch Dekret vom 5. Februar 1869 für den Verklagten eingetragene Hypothek von 600 Rthlrn. nebst Zinsen zur Hebung, das Perzipiendum wurde aber zum Depositum genommen, weil der Massenverwalter das Hypothekenrecht auf Grund des § 10. der Konkurs-Ordnung bestritt, da der Konkurs bereits am 14. Oktober 1868 eröffnet war. Gegen die Klage des Massenverwalters wendete der Verklagte demnächst ein, er habe durch Kaufvertrag vom 28. Juni 1868 das subhastirte Grundstück dem Kläger verkauft, und in diesem Vertrage sei das Grundstück für die streitigen 600 Rthlr. als Kaufgelderrest verpfändet, der Vertrag sei aber zur Zeit der Konkurseröffnung von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt gewesen, da der Besitztitel für den Kridar noch nicht berichtigt gewesen sei. Der erste Richter sprach die Streitmasse der Konkursmasse zu. Der zweite Richter erkannte jedoch zu Gunsten des Verklagten. Er nahm an, daß der Besitztitel erst bei Gelegenheit der Eintragung des Konkursvermerks berichtigt worden sei, daß also zur Zeit der Konkurseröffnung der Verklagte seinerseits den Vertrag noch nicht vollständig erfüllt gehabt, also der Fall des § 10. der Konkurs-Ordnung vorgelegen habe, und die Gläubigerschaft dadurch, daß sie den Besitztitel berichtigen ließ, in den Kaufvertrag eingetreten sei. Abgesehen hiervon hielt er aber auch die Hypothek deshalb für gültig, weil die Gläubigerschaft bei der Besitztitelberichtigung den Pfandtitel des Verklagten gekannt habe, also in dolo sei.

Auf die von dem Konkursverwalter ergriffene Revision hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß, unter Abänderung des Erkenntnisses des Appellationsgerichtes, das Erkenntniß des Kreisgerichtes wiederherzustellen.

Gründe:

Am 14. Oktober 1868 ist der kaufmännische Konkurs über das Vermögen des Woytecki beschlossen. Nach Eintra-

Digitized by Google

gung des diesfälligen Vermerks hat Verklagter bei den Hypothekenakten des Grundstücks Wongrowiec No. 126., welches ihm für rückständiges Kaufgeld in dem Vertrage vom 28. Juni 1868 verpfändet war, am 28. Oktober 1868 auf Eintragung der Kaufgelder von 600 Rthlrn. nebst Zinsen angetragen, und ist diese durch Dekret vom 5. Februar 1869 erfolgt. Der § 10. der Konkurs-Ordnung bestimmt ausdrücklich, daß Pfand- und Hypothekenrechte, welche erst nach der Konkurs-Eröffnung erlangt werden, zum Nachtheil anderer Gläubiger nicht geltend gemacht werden können, selbst wenn der Titel zum Hypothekenrecht schon vor der Konkurs-Eröffnung von dem Gläubiger erlangt worden. Ob dieser Titel aus einem einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäft herrührt, ist hierbei völlig gleichgültig, da das Gesetz einen solchen Unterschied nicht macht. Der § 15. der Konkurs-Ordnung bestimmt für zweiseitige Verträge, daß, wenn der Mitkontrahent seinerseits erfüllt habe, der Konkursifex aber nicht, jener seinen Anspruch bei der Konkursmasse als Konkursgläubiger geltend zu machen habe, falls er nicht durch Pfand oder Hypothekenrecht gedeckt sei. Nach § 16. hat die Gläubigerschaft, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung der zweiseitige Vertrag von beiden Theilen noch gar nicht, oder noch nicht vollständig erfüllt ist, das Wahlrecht, ob sie das Geschäft übernehmen wolle, und kann ihr behufs der Abgabe der Erklärung auf Antrag eine Frist gestellt werden, unter der Warnung, daß sie nicht in das Geschäft eintreten wolle. Tritt sie aber ein, so muß der Vertrag von beiden Theilen erfüllt werden.

Im gegenwärtigen Falle hatte der Konkursifex den Vertrag vor Eröffnung des Konkurses nicht erfüllt. Ob zur Zeit der Konkurseröffnung im gegenwärtigen Fall der Besitztitel auf den Namen des Konkursifex berichtigt war, oder erst gleichzeitig mit dem diesfälligen Vermerk im Hypothekenbuch auf Antrag des Konkursverwalters die Eintragung

Digitized by Google

bewirkt wurde, konstirt nicht. Jedenfalls ist dies vor Eintragung der Hypothek des Verklagten geschehen. Der Appellations-Richter hält nach § 16. der Konkurs-Ordnung den Anspruch des Verklagten für begründet. Er nimmt an, daß die Gläubigerschaft, welche in Besitz des Grundstücks gekommen, in den Kontrakt eingetreten sei, obwohl eine Erklärung von ihr nicht abgegeben worden.

Diese Annahme ist nicht gerechtfertigt.

Die Gläubigerschaft ist nach § 16. nur dann zur Erfüllung verbunden, wenn sie das Geschäft übernehmen zu wollen erklärt; ist dies nicht geschehen, so tritt sie nicht in die Verpflichtungen aus dem Vertrage. Die Gläubigerschaft, meint der Appellations-Richter, habe dadurch, daß sie den Besitztitel für den Gemeinschuldner berichtigen ließ, sich den Civilbesitz angeeignet, und sie habe das Kaufgeschäft übernommen. Diese Annahme ist in den Akten nicht begründet, aber auch ganz unerheblich. Angenommen auch, die Gläubigerschaft sei in den Vertrag eingetreten, so folgt doch nicht, daß die Befriedigung aus der Subhastationsmasse erfolgen müsse, als hätte sie ein Hypothekenrecht gültig erlangt. Sie hat ein solches vor Eröffnung des Konkurses nicht erlangt und konnte es später nicht erlangen; die spätere Eintragung konnte ihr kein dingliches Recht gewähren, das nur durch die Eintragung erlangt wird. Muß die Gläubigerschaft, die Konkursmasse, erfüllen, so hat sie es nur mit dieser Masse zu thun, und der § 10. steht keinesweges mit den §§ 15. u. 16. in Widerspruch. Das Hypothekenrecht braucht die Konkursmasse nicht anzuerkennen, sie muß vielmehr, falls sie das Geschäft übernimmt, aus der Masse Befriedigung leisten, aber ohne daß der saumselige Verklagte sich auf ein Hypothekenrecht stützen kann; er muß als Konkursgläubiger eben so wie im § 15. Alin. 2. liquidiren, und bei der Masse seine rückständige Kaufgelderforderung geltend machen. Kläger muß zwar zahlen, aber nur soweit die Konkurs-Ordnung es

Digitized by Google

gestattet. Der Appellations-Richter meint zwar, die Gläubigerschaft müsse ex dolo sich die Befriedigung aus der Subhastationsmasse gefallen lassen; dies ist aber ebenfalls unrichtig; selbst wenn die Gläubiger und der Konkursverwalter den Pfandtitel gekannt hätten, worüber der Eid deferirt, acceptirt und für unerheblich erklärt ist, so ist dies doch völlig unerheblich. Es stand in dem Willen des Verklagten, vor der Konkurseröffnung die Eintragung zu erwirken; die Kenntniß des Titels ist für andere Gläubiger des Kridars völlig gleichgültig, von einem dolus und Bereicherung auf Kosten des Verklagten kann keine Rede sein, wenn sie den § 10. der Konkurs-Ordnung geltend machen. Hätte der Verklagte seine Eintragung vor Eröffnung des Konkurses, wie nicht der Fall, nachgesucht, so stände die Sache anders, wie dies in dem Erkenntniß vom 28. Dezember 1861 —

(Entscheidungen Bd. 47. S. 180. ff.) —

gezeigt ist, womit die Entscheidung vom 21. November 1863 —

(Striethorst, Archiv Bd. 52. S. 129.) —

übereinstimmt. In einem älteren Präjudiz vom 10. September 1842 No. 1187. (Bd. 8. S. 468. der Entscheidungen) war zwar angenommen, daß, sofern vor der Konkurseröffnung der Besitztitel noch nicht auf den Kridar umgeschrieben gewesen, die Konkursgläubiger sich die Befriedigung aus der Konkursmasse in der III. Klasse gefallen lassen müßten; allein dies Präjudiz hat der neuen Konkurs-Ordnung gegenüber keine Bedeutung. Die alte Konkurs-Ordnung hatte die Bestimmung des § 10. darum nicht enthalten, sondern in den §§ 33. ff. 38. ff. allgemeine Bestimmungen gegeben, welche übrigens nach den §§ 44. 60. mit dem Prinzip des § 10. der neuen Konkurs-Ordnung im Allgemeinen übereinstimmen. Das gedachte Präjudiz, welches übrigens mit den Motiven der Entscheidung vom 23. Mai 1827 —

(Rechtssprüche Bd. 2. S. 71.) —

Digitized by Google

nicht übereinstimmt, setzt ohnehin voraus, daß der Besitztitel vor Eröffnung des Konkurses auf den Kridar noch nicht berichtigt war, was hier nicht festgestellt ist, und Verklagter zu beweisen hatte.

Die Motive des Entwurfs der Konkurs-Ordnung von 1855 zu § 10. gingen sogar noch weiter, indem sie auch die Präsentation des Eintragungsgesuchs vor Eröffnung des Konkurses nicht für genügend erachteten, um das Hypothekenrecht zu erlangen, —

(Goltdammer's Materialien S. 94.).

Demgemäß war, da die Vorschrift des § 10. der Konkurs-Ordnung entscheidet, wie geschehen, zu erkennen.

No. 58. — III. Senat. Sitzung v. 7. Nov. 1870.

St. Johannisstift ·|· Hartelt. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Goldberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Glogau.

Eigenthum an der Au, nach Schlesischem Provinzialrecht.*

Wenn nach dem Schlesischen Provinzialrecht die Nichtzugehörigkeit zu bäuerlichen Stellen ein Kriterium für die in der Feldmark belegenen Auen ist, und sich daraus von vornherein eine Vermuthung für die Gutsherrschaft ergiebt, so ist das Gewicht dieser Vermuthung doch nicht derartig, daß sie nur durch den strikten Eigenthumsbeweis eines Dritten widerlegt werden könnte.

Es ist vielmehr die für die Rechtmäßigkeit des

* Vergl. Bd. 4. S. 54., Bd. 14. S. 100., Bd. 71. S. 73., Bd. 77. S. 50. dieses Archivs.

Digitized by Google

Besitzes sprechende Vermuthung gegenüber jener allgemeinen, aus einem negativen Merkmale herzuleitenden überwiegend, und muß die von einem redlichen Besitzer vindizirende Gutsherrschaft ihr Eigenthum an der Au beweisen.

A. L. R. I. 7. §§ 179. 187.; Entwurf des Provinzialrechts des Herzogthums Schlesien und der Grafschaft Glatz (Berlin, 1841) § 45. No. 3.

Die vorstehenden Grundsätze sind vom Ober-Tribunal, unter Vernichtung des Erkenntnisses zweiter Instanz, auf die vom Verklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde — angenommen — aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der von Wenzel auf Grund der ständischen Berathungen ausgearbeitete Entwurf des Schlesischen Provinzialrechts lautet im § 45.:

„Vermöge des Auenrechts sind Eigenthum der Gutsherrschaft:

1. die eigentliche Aue, nämlich alle Plätze im Dorfe, die nicht zu den Gebäuden, Höfen oder Gärten der Dorfeinsassen gehören,
2. u. s. w.,
3. alle in der Feldmark des Dorfes befindlichen unangebauten, nicht zu den Stellen der Dorfeinsassen gehörenden freien Plätze."

Wenn auch — sagt der Appellations-Richter — der Streitfleck früher nicht im Dorfe gelegen haben möchte, vielmehr in der Feldmark, so finde doch die No. 3. des § 45. darauf Anwendnng. Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß derselbe unangebaut sei, während das zweite negative Erforderniß aus der geschichtlichen Entwickelung des Auenrechts

Digitized by Google

in Verbindung mit dem **Umstande** folge, daß der Verklagte seinerseits keine Thatsachen behauptet habe, aus denen ein ihm zustehendes Eigenthum gefolgert werden könne.

Implorant, ohne die Richtigkeit des in dem § 45. a. a. O. ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes und des über die historische Entwicklnng des Auenrechts Ausgeführten an sich anzuzweifeln, beschuldigt doch den Appellations-Richter,

> in seiner gedachten Begründung des Erkenntnisses obigen Rechtsgrundsatz, sowie die §§ 175. 179. 180. 187. I. 7. des Allgem. Landrechts verletzt zu haben, da Verklagter sich im Besitze des Streitflecks befinde, und die für die Rechtmäßigkeit des Besitzes sprechende Vermuthung durch jenen provinzialrechtlichen Grundsatz nicht beseitigt werde.

Dieser Vorwurf ist begründet.

Wenn nach § 45. No. 3. des Wenzel'schen Entwurfs die **Nicht**-Zugehörigkeit zu bäuerlichen Stellen ein Kriterium für die in der Feldmark belegene Aue ist, und sich daraus von vornherein eine Vermuthung für die Gutsherrschaft ergiebt, so ist das Gewicht dieser Vermuthung doch nicht derartig, daß sie nur durch den strikten **Eigenthums**beweis eines Dritten widerlegt werden könnte. Es muß anerkannt werden, daß die nach den §§ 179. 187. I. 7. des Allg. Landrechts für die Rechtmäßigkeit des **Besitzes** sprechende Vermuthung gegenüber jener allgemeinen, aus einem nur negativen Merkmale herzuleitenden überwiegend ist, und daß die von einem redlichen Besitzer vindizirende Gutsherrschaft **ihr Eigenthum** beweisen muß.

Denn nach § 175. a. a. O. ist der vollständige redliche Besitzer nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig und braucht nach § 180. den Titel seines Besitzes nicht anzugeben und nachzuweisen. Der Verklagte hat aber ausdrücklich seinen Besitz an dem Streitflecke geltend gemacht,

Digitized by Google

und der Appellations-Richter, ohne diesen in den Kreis seiner Beurtheilung zu ziehen, die thatsächlichen Behauptungen des Verklagten nur aus dem Gesichtspunkte des Eigenthumsbeweises gewürdigt und für unerheblich erklärt. Dadurch hat er die allegirten Gesetzesbestimmungen durch Nichtanwendung verletzt, und seine Entscheidung ist nichtig.

(Die weiteren Gründe interessiren hier nicht.)

No. 59. — III. Senat. Sitzung v. 7. Nov. 1870.

Warschauer ./. v. Stülpnagel. — Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Liegnitz.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Glogau.

Hypothekbestellung für eine zu leistende Forderung.

Die Hypothekbestellung für eine zu leistende Handlung ist eine Kaution im allgemeinen Sinne des § 178. I. 14. des Allgem. Landrechts, welche den Kautionsnehmer sichern soll, sich behufs künftiger Realisirung des versicherten Rechtes in überhaupt rechtlich möglicher Weise an das verpfändete Grundstück zu halten.

Sie gewährt ein wirkliches Pfandrecht für eine Geldforderung, sobald die Verpflichtung zur Zahlung einer solchen an die Stelle der Pflicht zur Leistung der Handlung eingetreten ist.

A. L. R. I. **14**. § 178., **20**. §§ 65. 163. 164. 210. 436. 482.

In dem Kaufvertrage vom 27. Mai 1861 übernahm der Verkäufer des Klägers, Namens Vangerow, die Verpflichtung, die auf dem verkauften Grundstücke für ein frem-

Digitized by Google

des Grundstück haftende Wegeservitut fortzuschaffen und zur Löschung zu bringen. Hierfür verpfändete er sein demnächst an den Verklagten verkauftes Grundstück, auf welchem die Eintragung erfolgte. Später hat Kläger selbst die Wegeservitut abgelöst. Die ihm dadurch entstandenen Kosten und Auslagen machte er nunmehr gegen den Verklagten mit der Hypothekenklage geltend, wurde aber, weil er für eine Geldforderung ein Pfandrecht nicht habe, von den Vorderrichtern abgewiesen.

Auf die vom Kläger ergriffene Richtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal dahin erkannt: daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu vernichten, die Sache selbst aber, unter Aufhebung des Erkenntnisses des Kreisgerichts, zur anderweiten Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung in die erste Instanz zurückzuweisen.

Gründe:

Wenn der Appellations-Richter die zwischen dem Kläger und Vangerow dahin getroffene Stipulation:

> daß — falls Kläger in den Fall kommen sollte, zur Erfüllung der eingetragenen Verpflichtung angehalten zu werden — Vangerow ihm die dadurch entstehenden Kosten und Schäden ersetzen müsse,

lediglich auf den Fall bezieht, daß der Kläger zur Unterhaltung des Weges und der Brücken angehalten werden möchte, so ist das freilich eine durch Interpretation gefundene, nicht angefochtene faktische Feststellung. Implorant irrt aber, wenn er meint, daß dadurch die Entscheidung aufrecht erhalten werde. Denn diese Feststellung enthält keinen selbstständigen Entscheidungsgrund, sondern nur eine einleitende Erwägung.

Der Appellations-Richter selbst sagt, daß die bezeichnete Stipulation die streitige Frage unberührt lasse.

Bezüglich der letzteren sagt der Appellations-Richter, daß

Digitized by Google

der Vertrag vom 27. Mai 1861 nur das Versprechen des Vangerow enthalte,

> die Befreiung des Grundstücks von der darauf lastenden Wegeservitut dadurch zu bewirken, daß er die zur Löschung erforderlichen Erklärungen des Berechtigten beschaffe,

während es an einer Vereinbarung für den Fall fehle, wo Vangerow diese Befreiung nicht bewirke.

Es frage sich also, ob für diesen Fall der Verklagte als Besitzer des für die Befreiung verpfändeten Grundstücks verpflichtet sei, dem Kläger eine Vergütung in Gelde zu gewähren.

Dies sei zu verneinen, weil die dingliche Pflicht des Verklagten ihre Grenzen in dem Umfange des dem Kläger bestellten Hypothekenrechts finde, dieses aber zufolge der mit Vangerow getroffenen Vereinbarung sich auf die Befreiung von einer Last erstrecke, nicht auch auf die dem Gegenstande nach davon verschiedene Verbindlichkeit,

> dem Kläger durch Geldzahlung einen Schaden zu vergüten, welchen dieser dadurch gehabt habe, daß er selbst sein Grundstück durch Zahlung einer Ablösesumme von der darauf ruhenden Last befreit habe.

Die gegen diese Ausführung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist begründet.

Hätte der Kläger, anstatt selbst durch unmittelbare Vereinbarung mit dem Berechtigten die zur Löschung erforderlichen Erklärungen sich zu verschaffen, gegen Vangerow, oder gegen den Verklagten als Besitzer der für die Liberation verpfändeten Grundstücke Klage erhoben, und ein Erkenntniß auf Beschaffung jener Erklärungen erstritten, so würde ihm dadurch das Recht gegeben sein, den Verurtheilten durch Exekution zur Leistung der entsprechenden Handlungen mit Fristbestimmung anzuhalten, und nach fruchtlosem Ablaufe der Frist sein Geldinteresse zu liquidiren, dessen Betrag wesentlich aus denjenigen Aufwendungen bestehen würde, die zur

Digitized by Google

anderweitigen Freistellung des Grundstücks des Klägers erforderlich gewesen wären. Die Verpflichtung zur Leistung dieses Geldinteresses würde an die Stelle der Pflicht zur Leistung der vorbezeichneten Handlungen getreten sein, und die für die Liberation verpfändeten Grundstücke für dieses Interesse in Anspruch genommen werden können. Denn es ist begriffswidrig wie faktisch unmöglich, die Leistung einer Handlung unmittelbar durch Exekution in ein Grundstück herbeizuführen. Die durch die Verpfändung des Grundstücks als eines geldwerthen Vermögensobjekts gewährte Sicherheit kann denkbar nur in der Richtung zum Austrage kommen, daß es, falls der Verpflichtete nicht leistet, dem Berechtigten diejenigen Geldmittel gewährt, welche zur Beschaffung der Handlung auf anderem Wege erforderlich sind, oder durch welche der Berechtigte für den ihm aus der Nichtleistung erwachsenen Schaden Vergütung erhält. Die Hypothekenbestellung für eine zu leistende Handlung ist eine Kaution im allgemeineu Sinne des § 178. I. 14. des Allgem. Landrechts, welche den Kautionsnehmer sichern soll, sich behufs künftiger Realisirung des versicherten Rechts in überhaupt rechtlich möglicher Weise an das verpfändete Grundstück zu halten. Sie gewährt ein wirkliches Pfandrecht für eine Geldforderung, sobald die Verpflichtung zur Zahlung einer solchen an die Stelle der Pflicht zur Leistung der Handlung eingetreten ist. Der sich hiernach als richtig ergebende in der Nichtigkeitsbeschwerde formulirte Rechtsgrundsatz läßt es gleichgültig erscheinen, wenn es, — wie der Appellations-Richter feststellt, — im Vertrage vom 27. Mai 1861 an einer Vereinbarung für denjenigen Fall fehlt, wo Vangerow die Liberation nicht bewirke, indem dieser Mangel sich aus dem Gesetze ergänzt.

Nun liegt zwar im streitigen Falle die Sache insofern anders, als Kläger weder gegen den persönlich verpflichteten

Digitized by Google

Vangerow, noch gegen den dinglich verpflichteten Verklagten auf Leistung der zur Herbeiführung der Löschung erforderlichen Handlungen Klage erhoben, nicht einmal den Ablauf der dem Erstern im Vertrage vom 27. Mai 1861 gewährten Frist abgewartet, sondern sich schon vorher mit dem Servitutberechtigten Schumacher in direkte, demnächst abgeschlossene Unterhandlungen eingelassen hat. Aber der Kläger beansprucht die Erstattung des demzufolge gezahlten Betrags nicht auf Grund der mit Schumacher getroffenen Vereinbarung. Er behauptet vielmehr unter Berufung auf das einzuholende Gutachten eines Sachverständigen, daß die Erfüllung derjenigen Verpflichtung, von welcher das Grundstück des Klägers zu entlasten Vangerow sich verbindlich gemacht und Hypothek bestellt hatte, — einen jährlichen Kostenaufwand von 36 Rthlrn., also die Zinsen eines Kapitals von 720 Rthlrn. erfordert haben, die Ablösesumme von 100 Rthlrn. nicht entfernt die erforderlichen Kosten decken, mit andern Worten — auch für Vangerow oder den Verklagten es nicht möglich gewesen sein würde, die Beschaffung der zur Löschung nothwendigen Erklärungen des Servitutberechtigten mit einem geringern Aufwande zu bewirken.

Bei der für die Nichtigkeitsbeschwerde vorauszusetzenden Richtigkeit dieser Behauptung würde aber weder die Klageforderung über das wirkliche Interesse des Klägers hinausgehen, noch das korrespondirende Interesse des Vangerow oder des Verklagten verletzt, und könnte die Klage nicht durch den Einwand elidirt werden, daß dem Kläger nur für die Leistung einer Handlung Hypothek bestellt worden sei.

Dieser Gesichtspunkt verändert sich auch nicht durch die von dem Verklagten mit besonderm Nachdrucke hervorgehobene Thatsache, daß zur Zeit des von ihm mit Vangerow abgeschlossenen Kaufvertrages die Gerechtigkeit, für deren Wegschaffung die Hypothek bestellt worden, bereits gelöscht gewesen, auch der Weg (die Gartenstraße) bereits im Eigen-

Digitized by Google

thum der Stadtgemeinde sich befunden habe. Denn die Unrichtigkeit der von ihm daraus hergeleiteten Folgerung: daß die mit den verkauften Grundstücken bestellte Hypothek damals schon gegenstandslos gewesen, — ergiebt sich eben daraus, daß an Stelle der zu leistenden, und nicht von dem dazu Verpflichteten, vielmehr von dem Kläger geleisteten Handlungen die Interesseforderung getreten ist, und die Hypothek bis dahin fortbestehen bleibt, bis Kläger wegen dieser Forderung befriedigt sein wird.

Indem mithin der Appellations-Richter die Frage:

> ob bei der durch Vangerow nicht bewirkten Befreiung des Grundstückes des Klägers der Verklagte als Besitzer der für diese Befreiung verpfändeten Grundstücke verpflichtet sei, dem Kläger eine Vergütung in Gelde zu gewähren,

deshalb verneint, weil die dingliche Pflicht des Verklagten sich auf die Befreiung von einer Last beschränke, sich aber nicht auf die hiervon dem Gegenstande nach verschiedene Verbindlichkeit erstrecke, dem Kläger seinen Schaden durch eine Geldzahlung zu vergüten, — verletzt derselbe den über den Begriff der Kaution sich verhaltenden § 178. I. 14. des Allgem. Landrechts, den in der Nichtigkeitsbeschwerde formulirten, oben erwähnten Rechtsgrundsatz, so wie die §§ 25. 163. 164. 210. 436. 482. I. 20. des Allgem. Landrechts, durch welche das Recht des Pfand- und Hypothekengläubigers, seine Befriedigung wegen seiner Forderung aus dem verpfändeten Objekte zu nehmen, — näher festgestellt und begrenzt wird.

Deshalb unterliegt die getroffene Entscheidung der Vernichtung, und kann es dahingestellt bleiben, ob der Appellations-Richter auch die §§ 285. 286. I. 5. des Allg. Landrechts verletzt, und ob derselbe die Natur und den wesentlichen Charakter desjenigen Rechtsgeschäfts verkannt, durch welches Vangerow dem Kläger mit den jetzt dem Verklagten gehörenden Grundstücken Sicherheit bestellt hat.

Digitized by Google

In der Sache selbst konnte eine Definitiventscheidung noch nicht erfolgen. Die freie Beurtheilung ist bereits in ihren wesentlichen Rechtsmomenten durch die seitherigen Erörterungen erschöpft.

Die Thatfrage aber:

> ob nach den oben mitgetheilten Behauptungen des Klägers die Beschaffung der zur Löschung nothwendigen Erklärungen des Servitutberechtigten mit einem geringern Kostenaufwande, als dem jetzt zur Erstattung eingeklagten nicht herbeizuführen gewesen sei,

ist streitig, und muß der darüber in der Klage angetretene Beweis, nicht minder der in der Appellations-Beantwortung angetretene Gegenbeweis erhoben, zu dem Ende aber die Sache in die erste Instanz zurückgewiesen werden.

Digitized by Google

Sach-Register.

A.

Digitized by Google

deshalb als unsubstanziirt zurückzuweisen, weil die Unzulänglichkeit des dem Exekutionsschuldner gehörigen Grundstückes nicht schon in der Klage behauptet ist. **38.** 237.

4. Gegenbeweis gegen die Vermögens-Unzulänglichkeit aus § 3. des Gesetzes vom 9. Mai 1855. —

Plenarbeschluß vom 20. Juni 1870: Gegen die Annahme der Vermögens-Unzulänglichkeit auf Grund des § 3. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 kann in dem Prozesse über die Anfechtung einer Rechtshandlung des Schuldners durch Nachweisung geeigneter Vermögens-Objekte desselben ein Gegenbeweis geführt werden. **38.** 237.

. Materielle Vorschriften in den §§ 3. und 4. dieses Gesetzes. —

Die §§ 3. und 4. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 enthalten materielle Gesetzesvorschriften. **38.** 237.

6. Rechtshandlungen im Sinne des § 103. No. 1. der Konkurs-Ordnung und des § 7. No. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1855. —

Der § 103. No. 1. der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und der § 7. No. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 ist nicht auf einzelne Klassen von Rechtsgeschäften, namentlich nicht auf Veräußerungen einzuschränken, sondern umfaßt alle von einem insolventen Schuldner vorgenommenen Rechtshandlungen ohne Unterschied. **52.** 317.

7. Beweis der Vermögens-Unzulänglichkeit eines Grundstücksbesitzers. —

Der § 4. No. 3. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 findet auch auf solche Grundstücksbesitzer Anwendung, gegen welche die Mobiliar-Exekution fruchtlos vollstreckt, oder deren Vermögens-Unzulänglichkeit nach den Vorschriften des § 3. des Gesetzes als nachgewiesen angenommen werden darf. **52.** 317.

Siehe auch No. 3.; Konkurs.

Anweisung, Wahrung der Rechte des Assignatars gegen den Assignanten. —

Der Assignatar hat keine Verpflichtung, behufs Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Assignanten die Klage gegen den Assignaten anzustellen, und eine solche Verpflichtung kann auch nicht für denjenigen entstehen, dem er seine Rechte aus der Assignation überträgt. **41.** 259.

Armenpflege:

1. Feststellung des Zeitpunktes der Verarmung nach Art. 1. des Gesetzes vom 21. Mai 1855. —

a. Zur Anwendung des Art. 1. des Ergänzungsgesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege und der Aufnahme neu anziehender Personen vom 21. Mai 1855 kommt es nicht lediglich auf die Gewährung einer öffentlichen Unterstützung an, vielmehr wesentlich nur, ein äußerlich erkennbares deutliches Merkmal des Bedürfnisses der öffentlichen Unterstützung festzustellen.

b. Als ein solches Merkmal ist das ausdrücklich ausgesprochene Anerkenntniß der kompetenten Behörde und die Anordnung der Fürsorge zu betrachten, und kommt es in einem solchen Falle nicht wesentlich darauf an, wenn aus irgend einem Zufall oder einem Versehen die wirkliche Gewährung unterblieben oder erst später erfolgt sein sollte. **12.** 59.

2. Erstattungspflicht des Verarmten. —

Was der Armenverband zur Unterhaltung des Verarmten aufwendet, ist als eine zu seinem Nutzen gemachte Verwendung anzusehen.

Der Verarmte überkommt, wenn er zu Vermögen gelangt, die Pflicht, das Aufgewendete zu erstatten. **31.** 194.

Assignation, s. Anweisung.

Au, s. Schlesien.

Auseinandersetzung, wegen Brennholzgerechtigkeiten; Anrechnung der auf dem benachbarten Gute vorhandenen Feuerungsmittel. —

Bei Gelegenheit der Auseinandersetzung wegen einer Brennholzgerechtigkeit in einem fremden Walde, welche auf das Bedürfniß beschränkt ist, muß das berechtigte Gut sich auf die Abfindung auch dann die eigenen Feuerungsmittel anrechnen lassen, wenn dieselben

Digitized by Google

B.

C.

D.

Digitized by Google

E.

G.

Digitized by Google

H.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

bestimmten Enterbungsgründen ganz entziehen, und wo solche nicht vorhanden, ihnen in allen Fällen, wo ihr Erbrecht in Wirksamkeit treten würde, als Erbtheil den Pflichttheil hinterlassen.

c. Ascendenten müssen, wenn sie ihren nächsten Descendenten enterben, selbst den entfernteren Descendenten, zwischen denen und dem Erblasser der Enterbte noch in der Mitte steht, insofern den Pflichttheil hinterlassen, als bei vorausgesetzter Gültigkeit der Enterbung und dadurch bewirktem Fortfallen des Enterbten dessen Descendenten bei der Intestaterbfolge zur Erbschaft gelangt sein würden.

d. Ist ein posthumus nur dadurch zur unmittelbaren Erbfolge berechtigt worden, daß sein im Testamente zum Erben eingesetzter parens vor dem Testator gestorben war, so tritt er ganz an die Stelle des eingesetzten parens, sowie überhaupt, wenn ein im Testamente eingesetztes Kind vor dem Erblasser verstirbt, dessen Abkömmlinge ganz an seine Stelle treten, auch wenn ihrer im Testamente nicht ausdrücklich gedacht wäre, und das Testament daher gültig bleibt. 5. 22.

Kurs, s. Werthpapiere.

L.

Laudum, s. Schiedsspruch.
Legat, s. Vermächtniß.
Legitimation, s. Kinder.
Lichtschutz, s. Eigenthum.
Lohn und Kost, s. Gesinde.

M.

Magistrat, s. Stadtgemeinde.
Mandat, s. Vertrag.
Manifestationseid, Vorschriften über die Verpflichtung zur Ableistung des Manifestationseides als Rechtsgrundsätze; Verpflichtung der Testamentsexekutoren zur Legung eines Inventars und Ableistung des Manifestationseides. —

a. Die in den §§ 28. 29. I. 22. der Allg. Gerichts-Ordnung enthaltenen Vorschriften über die Verbindlichkeit gewisser Personen zur Ableistung des Manifestationseides sind Rechtsgrundsätze.

b. Testamentsvollstrecker, welche vermöge der im Testament ihnen ertheilten Ermächtigung sich selbst gleich nach dem Tode des Erblassers in den Besitz des ganzen Nachlasses gesetzt haben, sind schuldig, dem Erben auf sein Verlangen ein Verzeichniß sämmtlicher zu diesem Nachlasse gehörigen und von ihnen übernommenen Gegenstände auszuantworten.

c. Dieselben sind ferner allemal schuldig, auf Verlangen den Manifestationseid zu leisten.

d. Die Verpflichtung zur Ableistung des Manifestationseides ist nicht davon, ob die Richtigkeit der übergebenen Verzeichnisse oder Rechnungen mit oder ohne scheinbaren Grund in Zweifel gezogen worden ist, sondern allein von dem Verlangen des andern Theils abhängig. 56. 350.

Mark, Brandenburg, Erbschaftsantritt des Märkischen Ehegatten aus einem einseitigen Testament des Verstorbenen; Wahlrecht des Ueberlebenden zwischen der Erbschaft aus dem Testament und Theilung nach dem Statut; Zurücknahme der Erbschafts-Antrittserklärung. —

a. In dem Falle, wo der überlebende Märkische Ehemann gleich anderen Personen aus dem vom verstorbenen Ehegatten einseitig errichteten Testamente Erbe genommen und nach dessen Bestimmungen, nicht aber statutarische, Theilung gehalten hat, kommen die Grundsätze des Erbschafts-Edikts vom

Digitized by Google

30. April 1765 über die Verhaftung der Erben den Erbschaftsgläubigern gegenüber nicht zur Anwendung.

b. Hat der überlebende Märkische Ehegatte nach den Bestimmungen des Testaments des Erstverstorbenen Erbe genommen, so greifen die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Erbesantretung aus Testamenten Platz, und finden die Vorschriften des Erbschafts-Edikts vom 30. April 1765, welche blos den Fall betreffen, wo von einer statutarischen Theilung des Nachlasses die Rede ist, nicht Anwendung.

c. Nach dem Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765 Abth. II. §§ 1. 2. steht dem Märkischen Ehegatten frei, der Erbschaft aus dem Testamente zu entsagen und die Auseinandersetzung mit den Miterben nach dem Statut (der Joachimica von 1527) zu beantragen, und bleibt ihm dies Wahlrecht nach § 3., auch wenn er schon im Allgemeinen sich für Benefizialerben erklärt hat, oder wegen unterlassener Erklärung dafür zu erachten gewesen ist. So lange er nicht das Testament rechtsgültig anerkannt, braucht er in Beziehung auf die ihm zustehenden statutarischen Rechte sich demselben nicht zu unterwerfen, sondern kann von den Testamentserben Theilung nach dem Statut unter Einwerfung seines Vermögens verlangen.

d. Ist der überlebende Ehegatte in dem Testamente des erstverstorbenen unter ausdrücklicher oder in Gemäßheit der Vorschriften der §§ 309. 310. des Entwurfes des Provinzialrechts für die Kurmark Brandenburg, 2. Ausgabe, anzunehmender Befreiung von der ihm als statutarischen Erben obliegenden Einwerfung seines Vermögens zum Erben eingesetzt, oder hat er ein wechselseitiges Testament mit dem Erstverstorbenen errichtet, und die Erbschaft aus einem solchen Testamente angetreten, so hat es dabei sein Bewenden, und wird dann der Ueberlebende nach den Gesetzen der allgemeinen Landesgesetze beurtheilt, auch findet eine Zurücknahme dieser Erklärung nur innerhalb der gesetzlichen Ueberlegungsfrist statt.

e. In der Kur- und Neumark ist der überlebende Ehegatte in Ermangelung eines Ehepakts oder „Testaments" ipso jure nicht Erbe des zuerst verstorbenen, sondern er wird es durch seinen ausdrücklich erklärten, oder bei unterlassener Erklärung binnen der in dem Gesetze bestimmten Frist stillschweigend vorausgesetzten Willen, durch welchen eine Gütergemeinschaft zur Zeit des Todes entsteht, 2c. und steht nach den Vorschriften der Abtheilung II. des Edikts vom 30. April 1765 dem überlebenden Ehegatten, so lange er nicht pure für Erben sich erklärt hat oder dafür rechtskräftig erkannt worden, immer noch frei, der Erbschaft des zuerst verstorbenen Ehegatten zu entsagen.

f. Diese Befugniß zur Entsagung hat an sich auch beim Vorhandensein eines Testaments Geltung, sofern durch dessen Inhalt das Eintreten der statutarischen Erbfolge nicht schlechthin ausgeschlossen wird, was dann anzunehmen ist, wenn in einem einseitigen wechselseitigen Testamente der eine Ehegatte den überlebenden von der Verpflichtung der Einwerfung seines eigenen Vermögens befreit hat. **18.** 94. 95. 96.

Minden-Ravensberg, Wirkung der Schicht und Theilung nach der Minden-Ravensbergischen ehelichen Gütergemeinschaft. — Die Schicht und Theilung, welche der in Minden-Ravensberger ehelichen Gütergemeinschaft lebende Ehegatte nach Auflösung der Ehe mit den darin erzeugten Kindern zur Zeit, wann er zur anderweiten Ehe schreiten will, behufs Abschichtung dieser Kinder von dem in der communio prorogata befindlichen Gesammtgut zulegt, hat die Wirkung der Todtheilung, —

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

von diesem berufenen Miterben zu theilen, und
2. rücksichtlich seines eigenen dereinstigen Nachlasses es bei der zum Besten der bezeichneten Personen im wechselseitigen Testamente seinerseits bestimmten Erbeseinsetzung zu belassen

verpflichtet sein würde.

d. In solchen Fällen kann nach allgemeinen Grundsätzen vom Erbanfalle nicht davon die Rede sein, daß die vom Ueberlebenden in seinen Nachlaß berufenen direkten Erben auf dessen ihnen erst bei seinem Tode anfallende Erbschaft bei seinen Lebzeiten schon ein wirkliches auf ihre Erben transmissibles Recht erworben haben sollten. **48.** 291.

2. Einfluß der nachträglichen Verfügung des Testators in Ansehung nachgeborener Kinder auf das frühere Testament. —

Hat der Testator in Ansehung seiner nachgeborenen Kinder nachträglich verfügt, so handelt es sich lediglich darum, inwieweit diese das frühere Testament ergänzende oder abändernde Verfügung zu Recht besteht oder nicht. Ein Widerruf des früheren Testaments ist durch derartige Verfügungen nicht bedingt, obschon bei einseitigen Testamenten das Recht hierzu dem Erblasser zur Seite steht. **21.** 131.

Siehe auch Mark.

Testaments-Exekutor, s. Manifestationseid.
Titel, s. Kollision.
Todtheilung, s. Minden-Ravensberg.
Transmission, s. Testament.

U.

Unredlich, s. Besitz.
Unterschrift, Uebertragung einer mehren bestimmten einzelnen Personen zustehenden Forderung unter einem Gesammtnamen. —

Eine bestimmten einzelnen, in der Schuldurkunde bezeichneten Personen, z. B. „den beiden Brüdern Friedrich Wilhelm und Karl Julius Zimmermann", zustehende Forderung kann nicht durch die Unterzeichnung eines Gesammtnamens, z. B. Gebrüder Zimmermann, durch Giro oder Cession übertragen werden. **24.** 154.

V.

Vater, Beschränkung des Vaters in der Verfügung über Kapitalien seiner Kinder. —

Unter den Kapitalien der Kinder, über welche die Verwaltung des Vaters gesetzlich eingeschränkt ist, dergestalt, daß er darüber nicht einseitig disponiren kann, sind auch solche zu verstehen, für welche vom Vater besondere Sicherheit (Spezialhypothek) bestellt worden. **25.** 158.

Vergleich, Irrthum bei Vergleichen. —

a. Ein Vergleich kann nicht wegen Irrthums in solchen Punkten angefochten werden, welche den eigentlichen Gegenstand des Vergleiches als eines solchen bilden, deren Ungewißheit eben der Anlaß und Grund des Vergleiches war. Der § 418. I. 16. des Allgem. Landrechts schließt aber nicht die Berufung auf einen Irrthum aus, der sich auf irgend ein Faktum bezieht, von dem als einem unzweifelhaften die Transigenten ausgegangen sind, mag dasselbe auch mit dem Gegenstande des Zweifels, mit der eigentlichen Vergleichsursache, in näherem oder entfernterem Zusammenhange stehen.

b. Der einmal wegen eines wesentlichen Irrthums ungültige Vergleich kann nicht von dem Irrenden blos zum Theile widerrufen, zum andern Theile aber aufrecht erhalten werden. **48.** 268.

Vermächtniß:

1. Stempelpflichtigkeit der Legate; Legat des Nießbrauchs an Kapitalien. —

Es enthält kein Vermächtniß eines

Digitized by Google

W.

Digitized by Google

Z.

Digitized by Google

Quellen-Register.

Allgemeines Landrecht.

Einleitung.

Theil I.

Theil I.

Theil I.

Theil II.

Einführungsgesetz zum Allg. Deutschen Handelsgesetzbuch vom 24. Juni 1861.

Digitized by Google

Allgem. Deutsches Handelsgesetzbuch.

Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung.

Allgemeines Berggesetz vom 24. Juni 1865.

Allgemeine Gerichts-Ordnung.

Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855.

Erbschafts-Edikt vom 30. April 1765.

(Nov. Corp. Const. III. S. 689. No. 42.; Rabe, Samml. Bd. 50. 3. S. 121. ff.)

Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg.

(v. Scholz und Hermensdorf, Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg.)

Minden-Ravensberger Provinzialrecht.

Digitized by Google

Revidirter Entwurf des Provinzialrechts des Herzogthums Schlesien und der Grafschaft Glatz.

(Berlin, 1841.)

Corpus juris civilis.

1. Institutiones.

2. Digesta.

3. Novellae.

Digitized by Google

Einzelne Gesetze, Verordnungen und Rechtsbestimmungen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Namen der Prozeß-Parteien.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

Digitized by Google

J.

K.

L.

M.

N.

O.

P.

R.

S.

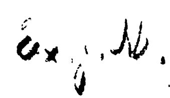
T.

Digitized by Google

W.

Berichtigungen.

Seite 56. Zeile 3. von unten statt 13 lies: 16.
„ 166. „ 13. 14. von oben statt Oktober lies: November.



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google


Digitized by Google